



UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**El Estado de Necesidad en el Derecho Internacional y la
Compensación como método de solución de controversias
frente a supuestos casos de violación de los Tratados de
Protección de Inversiones**

Tesis previa a la obtención del título de:
ABOGADO

Autor: Zurita Azuero Freddy Alejandro
E-mail: alejandrozuritaazuero@hotmail.com

Tutor: Dr. Reyes Merizalde Lenin

Septiembre, 2014
Quito

DEDICATORIA

Esta tesis la dedico a la memoria de mi madre que estuvo siempre a mi lado brindándome su mano amiga dándome a cada instante una palabra de aliento para llegar a culminar mi profesión, convirtiéndose en el pilar fundamental para mi formación profesional.

A mi Madre que ha sido mi mejor amiga, mi compañera que me ayudado a crecer, gracias por estar siempre conmigo en todo momento. Gracias por la paciencia que has tenido para enseñarme, por el amor que me das, por tus cuidados en el tiempo que estuvimos juntos, por los regaños que me merecía y a veces no los entendía. Gracias Mamá por estar al pendiente durante toda mi vida.

A mi madre con mucho amor y cariño le dedico todo mi esfuerzo y trabajo puesto para la realización de esta tesis.

TE AMO

AGRADECIMIENTO

Al finalizar un trabajo tan laborioso y lleno de dificultades como es la elaboración de una tesis, es inevitable no agradecer en primer lugar a Dios por haberme guiado por el camino de la felicidad hasta ahora.

A mi esposa Johanna e hijos que son hoy por hoy el motor de vida, por su amor, comprensión y paciencia para cumplir todos mis sueños y metas que me he trazado, y entonces empiezo a recordar por todo los sacrificios por lo que tuvimos que pasar juntos, para realizar este trabajo de investigación. A mi querido Padre Don Freddy Zurita y hermanos Paúl y Diana, quienes son esa fuente de fortaleza, seres a quienes adoro desde lo más profundo de mi corazón por ser artífices en la culminación de mis estudios superiores quienes con sus consejos y ayuda me dieron impulso para salir adelante y depositaron su entera confianza en cada reto que se me presentaba sin dudar ni un solo momento en mi inteligencia y capacidad. Es por ellos que soy lo que soy ahora. Los amo con mi vida.

Este proyecto es el resultado del esfuerzo conjunto de muchas personas que han formado parte de mi vida personal y profesional a las que me encantaría agradecerles su amistad, consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos más difíciles de mi vida. Algunas están aquí conmigo y otras en mis recuerdos y en mi corazón, sin importar en donde estén quiero darles las gracias por formar parte de mí, por todo lo que me han brindado y por todas sus bendiciones.

PER ASPERA, AD ASTRA

DECLARATORIA DE ORIGINALIDAD

Quito, 10 de septiembre de 2014.

Yo, Freddy Alejandro Zurita Azuero, autor de la investigación, con cédula de ciudadanía N° 171691693-5, libre y voluntariamente DECLARO, que el trabajo de Grado titulado: *“El Estado de Necesidad en el Derecho Internacional y la Compensación como método de solución de controversias frente a supuestos casos de violación de los Tratados de Protección de Inversiones”*, es de mi plena autoría, original y no constituye plagio o copia alguna, constituyéndose en documento único, como mandan los principios de la investigación científica, de ser comprobado lo contrario me someto a las disposiciones legales pertinentes.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad.

Atentamente,



Freddy Alejandro Zurita Azuero

E-mail: alejandrozuritaazuero@hotmail.com

C.C.: 171691693-5

AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL

Freddy Alejandro Zurita Azuero, en calidad de autor de la tesis realizada sobre: ***“El Estado de Necesidad en el Derecho Internacional y la Compensación como método de solución de controversias frente a supuestos casos de violación de los Tratados de Protección de Inversiones”***; por la presente autorizo a la UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR, hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o parte de los que contienen esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autor me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8; 19 y demás pertinentes de la Ley de Propiedad intelectual y su Reglamento.

Quito, 10 de septiembre de 2014



.....
C.C. 171691693-5

APROBACIÓN DEL TUTOR DE TESIS

DR. LENIN REYES MERIZALDE

PROFESOR DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

QUITO, 29 de agosto de 2014

Señora Doctora
Yolanda Yupangui Carrillo,
**DECANA DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR,**
Presente.-

En calidad de Tutor de la tesis **“EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA COMPENSACION COMO METODO DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS FRENTE A SUPUESTOS CASOS DE VIOLACION DE LOS TRATADOS DE PROTECCION DE INVERSIONES”**, elaborada por el señor: ZURITA AZUERO FREDDY ALEJANDRO, previo a la obtención del título de ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA, considero que el graduando ha elaborado su trabajo con responsabilidad, cumpliendo con todos los requisitos de Titulación y Epistemológicos.

Además ha cumplido con todas las sugerencias y observaciones realizadas a este trabajo por parte del tutor.

Por lo tanto la **APRUEBO**, debiendo continuar con el tramite administrativo correspondiente.

Atentamente,


DR. LENIN REYES MERIZALDE
TUTOR



APROBACIÓN DEL JURADO

Los miembros del Jurado Examinador aprueban el informe de titulación “EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA COMPENSACIÓN COMO MÉTODO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS FRENTE A SUPUESTOS CASOS DE VIOLACIÓN DE LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES”, para constancia firman.

PRESIDENTE

VOCAL

VOCAL

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
DECLARATORIA DE ORIGINALIDAD	iv
AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL	v
APROBACIÓN DEL TUTOR DE TESIS	vi
APROBACIÓN DEL JURADO	vii
ÍNDICE DE CONTENIDOS	viii
ÍNDICE DE ANEXO	xii
ÍNDICE DE GRÁFICOS	xiii
RESUMEN EJECUTIVO	xiv
ABSTRACT	xvii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	4
1. EL PROBLEMA	4
1.1 Tema.....	4
1.2 Planteamiento del problema	4
1.2.1 Contextualización Macro	5
1.2.2 Contextualización Meso	6
1.2.3 Contextualización Micro	7
1.3 Análisis Crítico.....	7
1.4 Prognosis	8
1.5 Formulación del Problema	9
1.6 Interrogantes de investigación.....	9
1.7 Delimitación del objeto de la investigación	10
1.8 Unidades de Observación.....	10
1.9 Objetivos	11
1.9.1 Objetivo General	11

1.9.2 Objetivos Específicos.....	11
1.10 Justificación.....	12
CAPÍTULO II	14
2. MARCO TEÓRICO.....	14
2.1 Antecedentes de estudio	14
2.1.1 Antecedentes Investigativos.....	14
2.2 Fundamentación Doctrinaria	18
2.2.1 Estado de necesidad	18
2.2.2 Tesis que fundamentan el estado de necesidad	20
2.2.3 La Compensación.....	24
2.2.4 El derecho de la reparación de daños y perjuicios	27
2.2.5 Las obligaciones internacionales de los Estados	30
2.2.6 Tratados bilaterales de protección de inversiones	32
2.3 Fundamentación Legal	35
2.3.1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969	35
2.3.2 Tratados internacionales que establecen el estado de necesidad.....	37
2.3.3 Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones.....	40
2.3.4 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)	43
2.4 Fundamentación Teórico – Científica	46
2.4.1 Peligro grave e inminente.....	46
2.4.2 La exclusión de la responsabilidad.....	48
2.4.3 Interés Esencial del Estado que Invoca Necesidad.....	53
2.5 Definiciones de términos básicos	55
2.5.1 Conceptos	55
2.6 Hipótesis.....	56
2.6.1 Hipótesis General	56
2.6.2 Hipótesis Específicas.....	57
2.7 Variables	57

2.7.1 Variable independiente.....	57
2.7.2 Variables dependientes.....	57
CAPÍTULO III	58
3. MARCO METODOLÓGICO	58
3.1 Modalidad básica de la investigación.....	58
3.2 Nivel o Tipo de investigación	59
3.3 Población y muestra	59
3.3.1 Población:.....	59
3.3.2 Muestra poblacional:	60
3.4 Matriz de Operacionalización de variables	62
3.5 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	65
3.5.1 Técnicas de Gabinete.	66
3.5.2. Técnicas de campo	67
3.5.3 Instrumentos	68
3.5.3.1 Formulario del cuestionario.....	69
3.6 Procedimiento de la Investigación	69
3.7Procesamiento y análisis de la Información	70
CAPÍTULO IV	73
4. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	73
4.1 Formulario de la encuesta	73
4.2 Análisis e interpretación de resultados de la encuesta.....	76
4.3 Formulario de la entrevista.....	86
4.4 Análisis e interpretación de resultados de la entrevista.....	87
4.5 Conclusiones	91
4.6 Recomendaciones.....	93
CAPÍTULO V	95
5. PROPUESTA.....	95
5.1 Tema.....	95
5.2 Antecedentes de la propuesta	95

5.3 Justificación.....	95
5.4 Objetivos	96
5.4.1 Objetivo General	96
5.4.2 Objetivos Específicos.....	96
5.5 Beneficiarios.....	97
5.5.1 Beneficiarios Directos	97
5.5.2 Beneficiarios Indirectos.....	97
5.6 Plan Operativo de la propuesta.....	98
5.7 Descripción de la Propuesta	99
BIBLIOGRAFÍA.....	102
ANEXOS.....	108

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1	108
Anexo 2	109

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro 1	61
Cuadro 2	62
Cuadro 3	98

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1.....	76
Gráfico 2.....	77
Gráfico 3.....	78
Gráfico 4.....	79
Gráfico 5.....	80
Gráfico 6.....	81
Gráfico 7.....	82
Gráfico 8.....	83
Gráfico 9.....	84
Gráfico 10.....	85

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.....	76
Tabla 2.....	77
Tabla 3.....	78
Tabla 4.....	79
Tabla 5.....	80
Tabla 6.....	81
Tabla 7.....	82
Tabla 8.....	83
Tabla 9.....	84
Tabla 10.....	85

RESUMEN EJECUTIVO

“El Estado de Necesidad en el Derecho Internacional y la Compensación como método de solución de controversias frente a supuestos casos de violación de los Tratados de Protección de Inversiones”

A menudo sucede que como fruto de las crisis económicas a las que están expuestos los Estados, pueden presentarse casos en los cuales opere el estado de necesidad, en virtud de verse avocados a incumplir con obligaciones internacionales previamente adquiridas con el fin de salvaguardar intereses colectivos más importantes, sin embargo la parte afectada por este suceso pretende ejecutar las garantías del contrato internacional suscrito a través de demandas en los tribunales cuyas pretensiones son indemnizaciones millonarias, desconociendo en todo momento la doctrina del estado de necesidad que libera de responsabilidad al infractor, argumentando que lo constante en los contratos es ley para las partes y que no consta el estado de necesidad como causa de exclusión de forma expresa por lo tanto no es aplicable, en este sentido es necesario evidenciar las virtudes jurídicas de esta figura al ser invocada en los procesos de contratación, así como también es necesario concientizar que existe un daño que puede ser resarcido por medio de la compensación.

Palabras Claves:

OBLIGACIONES, RESPONSABILIDAD, ESTADO DE NECESIDAD, DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y CONSUECUDINARIO, ESTADOS, COMPENSACIÓN.

ABSTRACT

STATE OF NEED IN INTERNATIONAL LAW AND COMPENSATION AS A SOLUTION OF CONTROVERSIES, BEFORE SUPPOSED CASES OF VIOLATION OF INVESTMENT PROTECTION

Due to economic crises faced by States, cases can occur when there are of need, because states have been forced not to comply with international obligations, in order to protect collective interests deemed more important. The creditor party; however, due to such non-compliance intend to attach warranties provided under the international agreement, filing suits with relevant courts to obtain millionaire compensations, disregarding the state of need doctrine that relieves from such a responsibility to the infringing party, stating that what is provided in contracts is a law for everybody, and that no state of need has been included therein as an express exclusion cause; hence, it is not applicable. Juridical goddesses of referred legal figure should be considered in this case to argument in agreements, as well as informing on the existence of damage to be palliated through compensation.

Keywords: OBLIGATIONS, RESPONSIBILITY, STATE OF NEED, INTERNATIONAL LAW ON INVESTMENTS AND CONSUECUDINARY, STATUS, COMPENSATION


Ernesto Andino G.
Translator



INTRODUCCIÓN

En virtud de que el concepto jurídico del estado de necesidad, ha venido siendo invocado recurrentemente por los Estados como mecanismo de exclusión de responsabilidad cuando incumplen obligaciones internacionales, es que esta figura ha cobrado importancia en la jurisprudencia internacional que trata de resolver las controversias derivadas de estos incumplimientos, en donde unos quieren ser eximidos de culpa y otros quieren ser indemnizados por los daños de los que fueron víctimas.

Sin duda este es un tema de notable consideración dentro de los litigios de inversión, puesto que los perjudicados por el incumplimiento de obligaciones internacionales adquiridas por los Estados, acuden masivamente al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en la búsqueda de la declaratoria de ejecución de los contratos y de millonarias indemnizaciones.

El argumento jurídico en que basan los afectados, parte del hecho de que cuando se viola por acción u omisión un deber establecido dentro de un contrato y en estricto respeto de las reglas del derecho internacional, surge una relación jurídica en la cual el sujeto al que se le imputa el acto debe responder mediante una reparación y el sujeto reclamante o perjudicado es el acreedor de resarcimiento por el incumplimiento de la obligación.

Sin embargo a pesar de que el estado de necesidad no está recogido de manera expresa por algún instrumento internacional que regule las inversiones y la contratación internacional, si lo podemos encontrar en el Derecho Internacional consuetudinario, específicamente en las normas relativas a los conflictos armados o disposiciones de derechos humanos recogidas en varios tratados internacionales, gracias a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).

Como ya se sabe las normas de carácter universal contenidas en los tratados internacionales nacen de costumbres que han sido codificadas o recogidas en estos, sin

embargo al revisar el estado de necesidad que se está convirtiendo en una costumbre utilizada por los Estados para incumplir con obligaciones internacionales, aun no se encuentra determinada de forma expresa en el interior de tratados de inversiones, que se basan en las reglas sobre la responsabilidad que tienden a establecer consecuencias a una particular situación de incumplimiento, es decir, una conducta no conforme a un deber adquirido.

Por lo tanto el propósito central de este trabajo es evidenciar el margen de actuación que posee un Estado frente a una crisis, en donde tiene que adoptar medidas que posiblemente pueden ir en contra de los postulados del derecho internacional, pero que excepcionalmente pueden ser excluidas de responsabilidad gracias a la figura del estado de necesidad, sin olvidar que tampoco que el daño causado por inferior que sea debe ser resarcido para lo cual se puede recurrir a la compensación proporcional a los perjuicios.

Con estos antecedentes, el tipo de investigación utilizado fue el bibliográfico documental apoyado con un trabajo de campo que a través de la aplicación de encuestas y entrevistas nos permitió recopilar la información de expertos en Derecho Internacional, que complementada con los métodos de investigación descriptiva y explicativa del problema, se logró recopilar los argumentos jurídicos necesarios para la estructuración de la propuesta de solución. Finalmente la presente investigación contiene varios capítulos que están distribuidos de la siguiente forma:

Capítulo I.- En esta sección se tratara todo lo concerniente al tema de investigación que es el estado de necesidad en el Derecho Internacional y la compensación como método de solución de controversias frente a supuestos casos de violación de los tratados de protección de inversiones, determinando el planteamiento del problema en su forma natural, la contextualización macro, meso y micro, para continuar con el análisis crítico, la prognosis, la formulación del problema, las interrogantes de la investigación, la delimitación del objeto de la investigación, la identificación de las unidades de observación, los objetivos tanto general como específicos y la justificación.

Capítulo II.- En esta sección se realizará un estudio minucioso de los antecedentes investigativos, para luego establecer la fundamentación doctrinaria sobre el estado de necesidad, las tesis que la fundamentan, la compensación, el derecho de la reparación

integral, las obligaciones internacionales de los Estados que será complementado con la fundamentación legal en donde se revisará la naturaleza jurídica del estado de necesidad, los fundamentos jurídicos de la compensación, los tratados bilaterales de protección de inversiones, los tratados internacionales que establecen el estado de necesidad, así también se observará desde la fundamentación sociológica la ponderación de los bienes jurídicos a proteger por los Estados en caso de crisis, la obligación de reparar el daño causado por los estados por incumplimiento de obligaciones internacionales, posteriormente se estudiará en la fundamentación Teórico – científica el peligro grave e inminente, la exclusión de la responsabilidad, los elementos o requisitos que configuran el estado de necesidad, el interés esencial del Estado que invoca necesidad y la compensación en proporción al daño causado y finalmente se establecerá cuáles son las hipótesis y las variables que sustentan el estudio.

Capítulo III.- En esta sección se establecerá la modalidad básica de la investigación, el nivel o tipo de investigación, la población y muestra, la matriz de Operacionalización de variables, las técnicas e instrumentos y recolección de datos, el procedimiento de la Investigación, se aplicará la investigación de campo con sus encuestas y entrevistas, el procesamiento de la información, la tabulación y finalmente la representación gráfica.

Capítulo IV.- Esta parte del estudio se encarga del análisis e interpretación de resultados de la encuesta y de la entrevista que se aplicó en la investigación de campo, de la verificación de la hipótesis y recogerá las conclusiones a las que se ha llegado y dará a conocer las recomendaciones.

Capítulo V.- Esta es la sección de la propuesta en la cual definiremos el tema, los datos informativos, los antecedentes de la misma, la justificación, los objetivos: general y específicos, la fundamentación científico – teórica, el plan operativo de la propuesta, la administración, la evaluación y finalmente se dará a conocer la bibliografía y se añadirán los anexos.

CAPÍTULO I

1. EL PROBLEMA

1.1 Tema

El estado de necesidad en el Derecho Internacional y la compensación como método de solución de controversias frente a supuestos casos de violación de los tratados de protección de inversiones

1.2 Planteamiento del problema

A partir del apareamiento de los tratados sobre protección de inversiones en el contexto del derecho internacional, ha sido creciente el sometimiento de los Estados a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el mismo que es competente para conocer y resolver las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de un acuerdo de inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado, quienes consintieron por escrito en someterlas a la jurisdicción de este organismo.

Según la doctrina una de las circunstancias de exclusión de ilicitud es el estado de necesidad, el mismo que al ser bien interpretado determina que una acción estatal no pueda calificarse de ilícita cuando es producto de factores de vital importancia que la motivan, por lo que no podría derivar ninguna forma de responsabilidad internacional a pesar de que evidentemente se está causando daño a quien tiene que soportar el incumplimiento de una obligación contractual.

El comportamiento de un Estado, cuando tiene lugar circunstancias de legítima defensa, estado de necesidad, fuerza mayor o ejercicio legítimo de una sanción, no constituye un hecho internacionalmente ilícito, debido a que en tales circunstancias el Estado no tiene que observar la obligación internacional que normalmente debería respetar, por lo tanto no puede haber violación de tal obligación, que es una de las condiciones esenciales para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito.

Sin embargo muchos estados invocan este incumplimiento justificado de una obligación como causal de terminación de un convenio o acuerdo de inversión y por consiguiente se presentan en procesos judiciales exigiendo indemnizaciones por daños y perjuicios que si bien existen, estos pueden ser subsanables mediante la compensación, pero en ningún momento serán causa de terminación del contrato como pretenden los afectados al ser perjudicados, inobservando la doctrina del estado de necesidad que ya se encuentra instituida en el Derecho Internacional, pero de la cual no existen lineamientos para su aplicación en los contratos de inversión.

En este sentido la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas desarrollo un proyecto de responsabilidad de los estados, el mismo que en su Art. 25 determina expresamente la figura del estado de necesidad y las circunstancias que lo constituyen para su utilización como mecanismo de exclusión de responsabilidad ante un posible incumplimiento, pero nada dice sobre su aplicación en acuerdos de inversión ni de la compensación bajo parámetros de proporcionalidad como método de solución de la controversia nacida del perjuicio causado, por lo tanto es urgente que se reforme este artículo y se incorpore estos aspectos con el fin de evitar la constante judicialización de los casos en los cuales los Estados recurren al estado de necesidad para salvaguardar intereses de mayor importancia.

1.2.1 Contextualización Macro

La falta de una disposición expresa para la inclusión de la figura del estado de necesidad como mecanismo de exclusión de responsabilidad en los acuerdos o convenios de inversiones, es un problema que está afectando a todos los Estados del mundo, puesto que ninguno de ellos puede adivinar en qué momento se puede presentar una crisis que lo obligue a tomar decisiones urgentes con el fin de salvaguardar intereses de vital importancia, incluso por encima de obligaciones previamente adquiridas y plasmadas en un contrato.

El Derecho Internacional consuetudinario contempla esta figura, pero es utilizada en casos de conflictos armados y en derechos humanos, sin embargo los postulados del derecho deben ser de carácter universal y por lo tanto se debe aplicar en todos los ámbitos en los que se reúnan los requisitos de su constitución, para evitar que situaciones de

extrema necesidad sean mal interpretados y utilizados como medio para acceder a millonarias indemnizaciones.

Sin embargo como todos sabemos las disposiciones del derecho internacional adolecen de coercibilidad, es por esto que no se puede imponer esta figura como obligatoria en el derecho de inversiones, sino más bien debería estar presente como eximente de responsabilidad en ciertas circunstancias, dentro de los contratos bilaterales de inversiones con el fin de que de mutuo acuerdo las partes reconozcan su existencia en el proceso contractual y si fuera el caso de su presencia se evite judicializar el daño recibido en virtud de que está justificado el accionar del infractor.

A pesar de que esta figura exime de responsabilidad a un Estado que incumple una obligación internacional en salvaguarda de un interés de mayor importancia, debe tenerse en cuenta que se ha provocado un daño, por lo tanto y de acuerdo con el principio universal de la reparación integral se debe resarcir los perjuicios, razón por la cual sería de gran utilidad la figura de la compensación proporcional, pero este hecho también debe constar en los acuerdos para que sea desarrollado si el caso lo amerita.

1.2.2 Contextualización Meso

Generalmente los Estados y las grandes transnacionales establecen contratos con países estratégicos para sus intereses, los mismos que pueden ser de distinta índole en virtud de lo que pretende alcanzar quien se traslada a otro territorio en la búsqueda de estos convenios, como por ejemplo la región sudamericana en la cual se encuentran Estados con grandes yacimientos de petróleo, minerales, recursos naturales y marinos que atraen la atención de inversionistas extranjeros, quienes apoyados en la legislación internacional suscriben contratos de inversión en donde determinan las reglas de su participación y las del anfitrión.

Mas resulta que muchos de estos estados corren constante riesgo de caer en crisis que terminará obligándolos a poner en una balanza las obligaciones contraídas en un tratado de inversiones versus el bienestar de toda una población, es por esto que la figura del estado de necesidad debe estar presente en estos contratos, pues de no ser así este tipo de situaciones serán judicializadas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias

Relativas a Inversiones (CIADI) y al afectar a esta región que aun adolece de desarrollo, se convierte en una traba que debe ser superada.

1.2.3 Contextualización Micro

Los contratos bilaterales de inversiones también son realizados en nuestro país, por lo tanto la problemática del desconocimiento de la figura del estado de necesidad extiende sus perjuicios hasta nuestro territorio, es decir al igual que la necesidad mundial y regional que se determinó anteriormente, debemos sumarnos a la posibilidad de que este aspecto jurídico evite que controversias de similares características tengan que ser dirimidas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Partiendo de la premisa de que nuestro país está en vía de desarrollo, no se puede permitir que intereses capitalistas puedan en determinado momento destruir los avances logrados, razón por la cual debe existir el estado de necesidad dentro de los contratos de inversiones que se suscriban, más para evitar pretextos de falta de disposición legal, es necesario que el derecho internacional extienda los efectos de esta tesis contemplada en el documento sobre responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos creado por la Comisión de Derecho Internacional y aprobado por las Naciones Unidas, que en su artículo 25 hace referencia no solo a la figura como tal sino a los casos y requisitos para su constitución y aplicación.

1.3 Análisis Crítico

La recurrente insistencia de los contratantes afectados por el incumplimiento de las obligaciones internacionales que han contraído los Estados, al desconocer la figura del estado de necesidad y que mediante la judicialización pretenden acceder a millonarias indemnizaciones que pondrían en serios predicamentos económicos a los infractores, es un problema que debe ser corregido desde el ámbito legal, es decir se debe implementar mecanismos de solución a esta problemática desde el mismo derecho internacional.

Si las Naciones Unidas a través de la Comisión de Derecho Internacional desarrolló un documento sobre la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos y en él se plasma la figura del estado de necesidad como

eximente de ilicitud, porque no universalizar este aspecto jurídico con el fin de evitar conflictos cuando se incumplen obligaciones por salvaguardar intereses de mayor importancia.

1.4 Prognosis

Actualmente el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) conoce un sin número de demandas en las que se exige que un Estado que ha incumplido con sus obligaciones internacionales, pague indemnizaciones bastante onerosas en virtud de que el estado de necesidad que argumenta el infractor no está reconocido por el Derecho Internacional de Inversiones y tampoco consta como cláusula eximente de responsabilidad en los contratos suscritos.

Este hecho que por supuesto se deriva del hambre insaciable del capitalismo, que aprovechándose de la crisis que puede presentarse en un Estado contratante, pretende acaparar grandes sumas de dinero como indemnización por los daños sufridos a causa del incumplimiento, no puede quedarse sin ser regulado por el bien de las poblaciones azotadas por problemas coyunturales, cuyas consecuencias pueden ser fatales, pero que no son razones de peso para los afectados que se desenvuelven en un ámbito de lucro desmesurado que no se detiene a analizar las circunstancias que se presentaron para la toma de medidas urgentes.

Sin embargo el documento redactado por la Comisión de Derecho Internacional y aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos, es una normativa real que debe universalizarse, especialmente el Art. 25, cuya redacción debe contener la obligación de su presencia en todo acto internacional de contratación, así como también debe incorporársele la figura de la compensación como método de resarcimiento de los daños ocasionados, caso contrario seguiremos siendo testigos de los interminables procesos que se presentaran a la jurisdicción del CIADI.

1.5 Formulación del Problema

¿Cuál es la causa de la no aplicación de la doctrina del estado de necesidad por las partes contratantes de acuerdos internacionales de inversiones, a pesar de estar contemplada en el Art. 25 de la Resolución del Tema 162 del programa 01 47800 aprobado por la Asamblea General sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas como mecanismo de exclusión de responsabilidad ante un incumplimiento por salvaguardar un interés más importante?

1.6 Interrogantes de investigación

¿Cuáles son los principales requisitos para que se constituya el estado de necesidad como eximente de responsabilidad a la hora de incumplir obligaciones internacionales por parte de los Estados que han suscrito contratos de inversiones?

¿Por qué no se aplica las disposiciones del Art. 25 de la Resolución, sobre responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de forma universal en todo acto o contrato?

¿Cuál es el argumento jurídico que permita que la figura del estado de necesidad sea declarada expresamente en los contratos internacionales de inversión, para evitar la judicialización en caso de incumplimiento de obligaciones adquiridas?

¿Cómo determinar el alcance jurídico de la figura del estado de necesidad dentro del derecho internacional a la hora de suscribir contratos de inversión?

¿Cuál sería el camino jurídico doctrinal para establecer la figura de la compensación como método de solución ante el incumplimiento de una obligación internacional sobre la base del estado de necesidad?

¿Cómo cuantificar los daños causados por el incumplimiento de obligaciones internacionales por parte de los Estados, para poder aplicar de forma proporcional la figura de la compensación?

1.7 Delimitación del objeto de la investigación

El principal objeto a ser estudiado es el estado de necesidad en el Derecho Internacional, el mismo que actualmente está siendo desconocido por los afectados por incumplimientos de obligaciones internacionales adquiridas por los Estados del mundo, permitiendo que el CIADI sea abarrotado con procesos jurídicos iniciados por esta causa, cuando sencillamente podría ser resuelto este impase si tan solo constara esta figura en los contratos suscritos como cláusula de eximencia de responsabilidad.

De la misma forma y en virtud de que el incumplimiento de una obligación acarrea daños y perjuicios que deben ser resarcidos de acuerdo con el principio universal de la reparación integral, debe estudiarse también la posibilidad de instituir como método de solución de controversias la figura de la compensación.

En este sentido el objetivo principal es plasmar en el derecho internacional la universalidad de la figura del estado de necesidad, dotándola de requisitos para su constitución con el fin de evitar su mala utilización y por el contrario convertirla en una herramienta de justicia efectiva que regulará las intenciones exorbitantes del capital cuando se incumplen las reglas de un contrato.

1.8 Unidades de Observación

En el presente estudio se observó de forma científica el comportamiento de la figura del estado de necesidad en el Derecho Internacional, las instituciones doctrinarias que la componen, sus características distintivas, sus requisitos de conformación y de aplicación como fuente de exclusión de responsabilidad, las causas y consecuencias de su no aplicación en acuerdos de inversiones y el desconocimiento del cual está siendo víctima por vacíos normativos de la legislación internacional.

Así también se ha observado las circunstancias que rodean a los estados para verse obligados a recurrir al incumplimiento de obligaciones internacionales, los argumentos que sustentan los reclamos de parte de los afectados, las directrices que utiliza el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) para dirimir en este tipo de litigios, las ventajas y desventajas que podría presentar la figura de la compensación como método de solución de estas controversias y cuál sería la forma de instituir la en la legislación.

1.9 Objetivos

1.9.1 Objetivo General

Incorporar en el artículo 25 de la Resolución de responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional y aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que se refiere al estado de necesidad como eximente de responsabilidad, la obligación de establecerlo como cláusula dentro de los contratos internacionales de inversiones y conjuntamente con la compensación se logre solucionar los daños causados por los incumplimientos de los Estados sin tener que recurrir al CIADI.

1.9.2 Objetivos Específicos

Propiciar una reforma de la Resolución de responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional y aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con el fin extender su alcance normativo a los contratos internacionales de inversiones.

Analizar las argumentaciones jurídicas presentadas por los contratantes afectados por los incumplimientos de obligaciones internacionales de parte de los Estados, para desconocer la figura del estado de necesidad y exigir por la vía judicial millonarias indemnizaciones.

Instituir la figura de la compensación proporcional de los daños sufridos por los contratantes por incumplimiento de obligaciones internacionales, estableciendo con claridad la forma de aplicación para la subsanación de los perjuicios.

1.10 Justificación

Fruto del constante cambio y evolución de las relaciones internacionales entre los Estados, es que el derecho internacional debe ir actualizándose permanentemente para evitar que nuevos actos que nacen de las costumbres, produzcan consecuencias jurídicas sin que haya la correspondiente regulación legal, sin embargo hay que tener en cuenta que los actores de esta interacción diaria tienen que enfrentarse a una notoria complejidad que se deriva de la licitud o ilicitud de sus procedimientos.

Esta disyuntiva crea un marco de inseguridad jurídica internacional, pues existe el enfrentamiento de quienes defienden sus acciones como lícitas y de quienes pretenden ser indemnizados argumentando la ilicitud de las conductas, enfrentamiento que por supuesto se da en virtud de que la legislación no contiene normas reguladoras, como es el caso del estado de necesidad que ha venido siendo utilizado recurrentemente por los Estados que en medio de una crisis y con el objetivo de salvaguardar intereses de mayor importancia, tienen que incumplir con obligaciones prescritas en los contratos de inversiones que suscribieron con actores internacionales.

La base fundamental que tienen los Estados para utilizar la figura del estado de necesidad, es que la obligación para con sus ciudadanos es mucho más importante que los deberes que adquirió frente a contratantes capitalistas que no buscan más que el lucro de sus inversiones, sin detenerse a valorar que puede estar en juego un colectivo de seres humanos que indudablemente tienen que estar por encima de los intereses monetarios en todo lugar y en toda circunstancia.

Por lo tanto, desde esta óptica en parte social y jurídica en virtud de que la doctrina ha proporcionado los mecanismos de exclusión de responsabilidad en determinadas conductas que si bien son contrarias al derecho adolecen de ilicitud por las circunstancias que propiciaron su materialización, es que nace la importancia de universalizar la figura del estado de necesidad en todo acto o contrato internacional, con

la finalidad de evitar que al ser utilizada se pretenda su desconocimiento como sucede actualmente y se judicialice la situación ante el CIADI en búsqueda de indemnizaciones.

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de estudio

2.1.1 Antecedentes Investigativos

Como ya se evidencio en el planteamiento del problema, el desconocimiento de la figura del estado de necesidad al presentarse incumplimientos de obligaciones derivadas de contratos de inversiones que suscriben los Estados, es un problema que está aquejando a la comunidad internacional hace ya un cierto tiempo, razón por la cual este es un tema que ha motivado la acción de otros investigadores del derecho, los mismos que nos proporcionaran las directrices necesarias del enfoque jurídico de estudio que debemos aplicar en este trabajo, por lo tanto es necesario referirnos a estas investigaciones que son:

a) El presente tema que trata la desprotección que sufren los Estados cuando tienen que recurrir al incumplimiento de una obligación internacional gracias al estado de necesidad que viven, es un tema bastante preocupante para los investigadores del derecho, así tenemos que el estudiante de Derecho Santiago Alejandro Garcés Jaramillo, en el año 2011, mediante una tesis presentada para optar al título de Abogado de la Universidad San Francisco de Quito, sobre el tema “El estado de necesidad: consecuencias jurídicas en la compensación”, utiliza parámetros críticos y propositivos que lo llevaron a determinar que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), se encuentra saturado de procesos por reclamos de los afectados por el incumplimiento de obligaciones derivadas de contratos de inversiones, cuyos principales infractores son los Estados que por circunstancias ajenas a su voluntad pero de mayor importancia tienen que recurrir a este tipo de actos.

Ante estos eventos este investigador hace una aproximación a la figura del estado de necesidad desde sus postulados doctrinarios, evidenciando que es totalmente factible su aplicación en todo acto internacional, puesto cualquier sujeto que contrate con otro u otros está expuesto a sufrir los efectos ineludibles de crisis o casos de fuerza mayor que lo

obligará a ponderar entre las obligaciones adquiridas, cualquiera que sea la decisión terminará favoreciendo a unos y perjudicando a otros a los cuales debe resarcir el daño causado.

Finalmente entre sus recomendaciones establece que deben buscarse mecanismos para llamar la atención de la comunidad internacional sobre este tema, con la finalidad de otorgar protección legal para los Estados que deben recurrir al estado de necesidad para el incumplimiento de una obligación internacional y así evitar que estos sean demandados en la búsqueda de millonarias indemnizaciones por la parte afectada.

b) Otro de los estudios que se aproximan al tema central de esta investigación, es el realizado por Javier Chinchón Álvarez, en el año 2006, mediante la presentación de la memoria para optar por el título de doctor en Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid, con el título *“La sanción de los crímenes de derecho internacional y las violaciones a los derechos humanos en períodos de transición: un análisis a la sombra de la última experiencia iberoamericana”*, utilizando los métodos descriptivo y analítico de investigación, evidencia que resulta sustancial el estudio de las circunstancias que pueden excluir la ilicitud de un comportamiento tipificado por el Derecho Internacional Penal y el de los Derechos Humanos, llegando a referirse al estado de necesidad como uno de estos mecanismos.

Este investigador determina que el sustento básico de la violación de las obligaciones por parte de los Estados, presupone la voluntad de los mismos puesto que están en libertad de escoger qué decisión tomar en un determinado momento, más la doctrina del estado de necesidad propicia la exclusión de responsabilidad dentro del derecho internacional, pero de ninguna manera extingue o anula la obligación puesto que la figura invocada solo es un justificante del incumplimiento, por lo tanto una vez que cesen las circunstancias que la originaron deberá retomarse los términos originales del convenio y si no fuera posible deberá resarcirse el daño causado.

Entre las conclusiones esgrimidas, afirma que la figura del estado de necesidad es poco conocida y aplicada a la hora de impartir justicia en conflictos internacionales, razón por la cual muchos actores pretenden desconocerla, por lo tanto debe universalizarse normativa que la contiene como el documento de la Comisión Internacional de Derecho

de las Naciones Unidas, con el fin de extender su alcance a todos los ámbitos en los que se produzcan conflictos o controversias por causas que pueden estar justificadas por la necesidad o el apremio.

c) De la misma forma el abogado colombiano Roberth Uribe Álvarez en el año 2012, mediante una tesis para optar por el título de master en Derecho Penal Internacional de la Universidad EAFIT de Medellín, con el tema *“Sobre la posición sistemática del estado de necesidad y sus problemas dogmáticos”*, en la cual nos llama a la reflexión sobre porque existe conflicto en el reconocimiento del estado de necesidad en la comunidad internacional, señalando que todo parte de la posición sistemática que adopta esta figura en los distintos Estados, por cuanto unos la visualizan desde la tesis de la unificación en la antijuridicidad, que asume el estado de necesidad como una causa de justificación en todos los casos, mientras que otros la aplican desde la óptica de la tesis ortodoxa de la diferenciación como causa de justificación o de exculpación según las circunstancias del caso.

En este sentido este investigador analiza el conflicto en virtud de que si es considerada causa de exculpación, se extinguiría las obligaciones y no se procedería a resarcir los daños como si ocurre con la justificación, por lo tanto se debe establecer con claridad cuáles son los requisitos que constituirían cada clase de estado de necesidad, para evitar errores en la administración de justicia o su utilización indiscriminada.

Finalmente entre sus recomendaciones está, el plasmar con determinación exacta las características que dan vida a cada clase de estado de necesidad e incorporarlas a la legislación internacional, para que sean aplicadas en todos los ámbitos y así evitar litigios que versen sobre la oscuridad legal a la hora de invocar esta figura bien como causa de exculpación o bien como justificante de un incumplimiento.

d) Siguiendo esta misma línea de investigación el profesor e investigador del derecho internacional José Manuel Cortez Martín de la Universidad Pablo de Olavide de España, en el año 2009, realizó un trabajo titulado *“El estado de necesidad en materia económica y financiera”* en el cual evidencia que en el Derecho Internacional contemporáneo el estado de necesidad financiera no ha gozado de una total aceptación como causa de exclusión de la ilicitud, cuando se presentan las crisis económicas, puesto

que los Estados acreedores han preferido abordar estos problemas por vía judicial ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI.

Los asuntos arbitrales que examinó en su trabajo tienen en común la alegación de la necesidad, que por derivarse del marco del Derecho internacional general debería tener el carácter universal, sin embargo no es así en la práctica salvo honrosas excepciones en las cuales se estipuló la cláusula de emergencia que contempla esta figura dentro de los tratados de inversiones.

Por lo tanto el razonamiento del profesor Cortez es que se debe solidificar los aspectos constitutivos del estado de necesidad, su naturaleza consuetudinaria y su aplicabilidad a las situaciones de emergencia económica, puesto que no todos los sacrificios pueden imponerse a la población de un país en virtud de salvaguardar una política determinada que garantizaría el pleno respeto de las obligaciones internacionales en el ámbito financiero, pero concluye indicando que a pesar de que el incumplimiento fue justificado, éste causó daños que deben ser reparados en proporcionalidad.

e) Finalmente el profesor Jorge E. Viñuales catedrático de derecho internacional y ambiental en la Universidad de Cambridge, en el año 2009 realiza un estudio cuyo título es *“Las cuestiones medioambientales y el concepto de estado de necesidad”*, en donde explora la incidencia de las cuestiones medioambientales sobre el modo en que debe entenderse el concepto de estado de necesidad en derecho internacional. Dicha incidencia es analizada a partir de dos perspectivas diferentes, a saber; la del Estado que invoca una *“necesidad ecológica”* para justificar la violación de una obligación internacional y aquella del Estado cuyos intereses medioambientales han sido menoscabados por los actos que el otro Estado intenta justificar a partir del estado de necesidad.

En este sentido este investigador concluye que los daños ocasionados deben ser reparados en forma proporcional y que la fórmula de arreglo debe constar en los contratos internacionales a fin de evitar judicializar este tipo de inconvenientes. Por otro lado recomienda, que también se plantee la necesidad de adaptar los otros requisitos formulados por el artículo 25 de la Resolución sobre responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional y aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a las particularidades de los

intereses medioambientales, dejándonos ver una vez más la necesidad de universalizar este postulado que se refiere al estado de necesidad.

2.2 Fundamentación Doctrinaria

2.2.1 Estado de necesidad

El Derecho Internacional en los últimos tiempos ha alcanzado grandes avances en la regulación de los múltiples conflictos que nacen de las relaciones internacionales, las mismas que pueden ser de carácter bilateral cuando se trata de inversiones, sin embargo este tema se estancado en cuanto a la determinación expresa de las causas de exclusión de responsabilidad cuando se suscriben tratados bilaterales de comercio, provocando que ante un incumplimiento que invoca la causal del estado de necesidad, se creen divergencias que terminan bajo la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Bajo este contexto es necesario que estudiemos y analicemos a fondo la figura del estado de necesidad, recurriendo a la opinión acertada de los juristas con el fin de encontrar soluciones a los conflictos que se han creado en la comunidad internacional en torno a la aplicación de esta figura, que es entendida como la circunstancia que obliga a una persona natural o jurídica a incumplir con una obligación, causando lógicamente un daño pero en virtud de salvaguardar un bien jurídico de igual o mayor importancia o valor.

Al respecto el tratadista argentino Sebastián Soler define al estado de necesidad como: *“una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro interés jurídico”* (Soler, 1978, P, 168), es decir que según esta definición quien recurre al estado de necesidad tiene la consigna de salvaguardar un bien a costa del sacrificio de otro, aspecto que al parecer también comparte el tratadista mexicano Eugenio Cuello Calón, que menciona que: *“El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos”*. (Cuello, 1973, p.44)

En esta misma línea de pensamiento el tratadista Luis Jiménez de Asúa, define al estado de necesidad como:

“Una situación de peligro actual o inminente de los intereses protegidos por el derecho, en la que no queda otro remedio que la violación de los intereses ajenos, jurídicamente protegidos, pero de inferior entidad, a condición de que el peligro no haya sido intencionalmente provocado por quien actúa en la salvaguarda del bien o interés en conflicto”. (Jiménez de Asúa, 1976, p. 420)

Hasta el momento de las definiciones que hemos revisado, podemos darnos cuenta que lo común es que las circunstancias condicionan de tal manera la voluntad de las personas que no pueden acceder a otra opción, opinión que también es compartida por el tratadista español Santiago Mir Puig cuando dice que el estado de necesidad es *“el estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos de otra persona”* (Mir Puig, 2011, P. 447).

Es decir que para que un estado de necesidad se configure, deben existir ciertos presupuestos o elementos esenciales que nos permitan determinar si la actuación se deriva o no de una circunstancia extrema, en este sentido debe presentarse un peligro de daño a un interés o bien jurídico tutelado, cuya valoración jurídica nos permitirá definir qué clase de estado de necesidad se está invocando.

Al respecto los estudiosos del derecho han determinado que cuando el bien jurídico protegido es mayor al vulnerado, nos encontramos frente a un estado de necesidad justificante; por el contrario, si el interés afectado guarda un valor igual o similar al protegido, se configurará una causa de exculpación, que determina la existencia de un estado de necesidad disculpante, aspecto que es compartido por el tratadista Francisco Muñoz Conde cuando dice:

“La doctrina dominante distingue entre estado de necesidad justificante, que surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor, cuando se opta por el sacrificio del bien de menor valor para salvar el de mayor valor; por ello se dice que en estos casos es fundamental aplicar el criterio de ponderación de bienes. Junto a esta forma de estado de necesidad, habría otra que sería meramente exculpante, presidida por el principio de no exigibilidad de un comportamiento distinto y que se daría cuando los bienes en conflicto fueran de igual valor.” (Muñoz, 2010, p. 329)

De las dos clases de estado de necesidad, nos interesa principalmente la que hace referencia a la justificación, que es el móvil de los Estados cuando incumplen obligaciones previamente adquiridas, por cuanto realizan una ponderación de los intereses en conflicto de una manera objetiva, tomando como referencia la valoración que el propio ordenamiento jurídicos les da a los deberes asumidos.

Aunque no siempre la ponderación realizada por los incumplidos es aceptada por los afectados, de manera que lo que para unos está justificado para otros no lo está debido a la asimetría de derechos y deberes que se encuentran en juego, por lo tanto nace la discrepancia sobre la validez de la invocación del estado de necesidad como justificante para el incumplimiento de una obligación internacional, circunstancia que no debería presentarse en virtud de lo que nos indica el autor español Molina Fernández cuando dice:.

“El estado de necesidad, quedaría circunscrito a aquellos supuestos extremos en que a consecuencia de una situación de emergencia, el sujeto activo, que puede ser cualquier individuo, emprende una temeraria conducción en la que se infrinjan las más elementales normas de cuidado llegando incluso a poner en peligro concreto la vida o la integridad física de un tercero con el fin de evitar un mal propio o ajeno. Si se da una situación de urgencia para otros bienes como la vida o la salud, puede estar justificado el hecho típico”. (Molina, 2010 p. 169)

Finalmente, el estado de necesidad es un principio de derecho internacional que tiene distintas connotaciones jurídicas, que deben ser estudiadas a profundidad con el fin de evidenciar su naturaleza y alcance dentro de las relaciones internacionales y así evitar que sea desconocida principalmente cuando se presentan conflictos por incumplimiento de obligaciones por parte de los Estados.

2.2.2 Tesis que fundamentan el estado de necesidad

Según la doctrina internacional el estado de necesidad se presenta en aquellas situaciones sociales en las que una conducta termina siendo necesaria ante un peligro actual o inminente que amenaza derechos o bienes jurídicamente protegidos, teniendo siempre en cuenta que estos siempre deben ser de mayor o de igual entidad que los vulnerados con la acción necesaria.

En este sentido y en virtud de que existe la vulneración de un derecho jurídicamente protegido, debemos saber que existen dos aspectos que determinan el tipo de estado de necesidad que se está invocando, así por un lado están las teorías de la justificación y por otro las de la exculpación, las mismas que necesariamente van ligadas a las de la responsabilidad que las cataloga como eximentes de la misma en determinadas circunstancias y modalidades.

Sin embargo doctrinariamente existen dos posiciones ideológicas sobre la justificación y la exculpación dentro del estado de necesidad, así por un lado tenemos las tesis unificadoras, que estiman que el estado de necesidad es siempre un problema de justificación, es decir, que es un aspecto negativo de la antijuridicidad, y, que la exculpación es siempre un ámbito negativo de la categoría de la culpabilidad, en ambos casos con independencia de la valoración de los bienes jurídicos en colisión.

Al respecto el tratadista Horacio Roldan Barbero también dice que: *“El Estado de Necesidad es siempre una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad del comportamiento (y por ende del injusto), independientemente de que el bien sacrificado sea de menor o igual entidad jurídica que el salvado”* (Roldan, 1980, p. 472)

“Por otro lado el tratadista Enrique Gimbernat también considera que: el estado de necesidad tiene siempre el carácter de una causa de justificación en la medida que la antijuridicidad expresa lo que el legislador no quiere prohibir; en ella éste renuncia a motivar al sujeto a pesar de que podría hacerlo a través de la pena, y no lo quiere motivar precisamente porque valora positivamente el comportamiento realizado en situación de necesidad: el legislador valora positivamente tal comportamiento y por ello, aunque puede, no quiere tachar el mismo de disconforme con el ordenamiento jurídico.” (Gimbernat, 1990. P. 254)

Concomitantemente con estas aseveraciones, debemos tomar en cuenta que también existe la tesis unificadora que hace referencia a la exculpabilidad, en la cual las causas de necesidad que llevaron a lesionar un bien jurídico de igual o menor valor que el salvado, son siempre eximentes de culpabilidad por parte de quien las ejerció, por lo tanto no puede ser sujeto de una sanción por el hecho, a pesar de que sus actos hayan causado daño.

Por otro lado, las tesis diferenciadoras se basan principalmente en la valoración de los bienes jurídicos vulnerados, es decir si el bien que se salvaguarda es de mayor valor que el vulnerando estamos frente a un estado de necesidad por una causa de justificación; mientras que, si los bienes que intervienen en el estado de necesidad tienen un valor jurídico simétrico o igual, estamos frente a uno exculpante por cuanto excluye la culpabilidad de la actuación.

Sobre esta base se debe mencionar que dentro de las tesis diferenciadoras existen otras subtesis que permiten examinar de mejor manera el estado de necesidad, en este sentido la primera es la diferenciadora ortodoxa, que propone una bifurcación del estado de necesidad entre la causa de exclusión del injusto y la causa de exclusión de la culpabilidad, dependiendo del valor de los bienes jurídicos protegidos, pero con la imposibilidad de afirmar razonablemente que el bien jurídico que se ha sacrificado sea de menor valor que el que se salvó, al respecto el tratadista Jesús Bernal del Castillo se manifiesta y dice:

“En el orden de las causas de justificación, su fundamento dogmático es el principio del interés preponderante, de tal manera que, a efectos penales, queda justificada la lesión típica del bien o valor en cuya salvaguarda el ordenamiento tiene un menor interés como medio de evitar un daño al interés de preferente protección. La conclusión, tras realizar la actividad ponderativa, de que el interés lesionado es de igual o mayor entidad que el interés que se intentaba salvaguardar, impide la apreciación del estado de necesidad justificante, por no cumplirse el fundamento material de la justificación”. (Bernal del Castillo, 2001, p. 86)

Concomitantemente con la tesis diferenciadora ortodoxa, se presenta la heterodoxa que a su vez alberga a tres tendencias doctrinales que son: la diferenciación entre el estado de necesidad como causa de justificación y el estado de necesidad neutral al orden jurídico o perteneciente al ámbito libre del derecho, la misma que considera que el comportamiento que se presenta en el estado de necesidad en virtud de la valoración o ponderación entre bienes de distinta importancia y en el cual se termina vulnerando el de menor valor, no alcanza la categoría de comportamiento prohibido, pero tampoco puede ser considerado como un acto permitido, por lo que no puede ser tratado ni como una causa de justificación ni como una de inculpabilidad, como lo indica la tratadista española Patricia Laurenzo cuando dice:

“El ámbito libre del Derecho no es plenamente coincidente con el silencio de la ley. Ello porque existen acciones que ontológicamente se adscriben al ámbito de a-valoración jurídica, sin que sea necesario entonces considerar que están allí porque el legislador deliberadamente guardó silencio frente a ellas. Tal abstención de valoración no existe entonces tanto porque el legislador guardó silencio frente a ellas como por la “naturaleza” de algunos comportamientos que los mantiene insertos en ese sector de lo neutral del ordenamiento jurídico.” (Laurenzo, 1990, P. 270)

Es decir que esta tesis doctrinaria plantea que el ordenamiento jurídico no hace una valoración racional de la conducta que evitó la salvaguardia de un bien jurídico de menor valor, por lo tanto ésta abstención da lugar a que estos comportamientos no puedan ser calificados como conformes ni disconformes a derecho, en la medida que están dentro de un ámbito de libertad propio del derecho.

Continuando, la segunda postura de las tesis heterodoxas es aquella que dice que el estado de necesidad es causa de exclusión de la antijuridicidad y excluyente de la responsabilidad por el hecho, es decir los defensores de esta tesis creen que a lado del estado de necesidad como circunstancia de justificación, se encuentra el estado de necesidad como causa excluyente de responsabilidad por el hecho cuando ha sido invocado entre bienes jurídicos de igual valor o importancia, como nos ilustra la tratadista Patricia Laurenzo al decir que:

“El Estado de Necesidad por conflicto entre bienes equivalentes es una causa excluyente de la “responsabilidad por el hecho”, con el argumento de que este instituto no alcanza a convertirse en un problema de culpabilidad, en la medida que no involucra supuestos de exigibilidad de obrar conforme a derecho, teniendo sí directa relación con una notable disminución del contenido de ilícito que implica siempre la salvación de un bien jurídico, aun cuando ello suponga la lesión de otro igualmente tutelado por el Derecho.” (Laurenzo, 1990, P. 251)

Quienes defienden esta postura aseguran que es una fase intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad, por cuanto el ordenamiento jurídico posee presunciones concernientes a la normalidad o cotidianidad de las relaciones interpersonales, es decir hace la consideración de que siempre existen comportamientos riesgosos que los individuos de una sociedad deben afrontar a diario, como por ejemplo cuando tienen que

salvar bienes jurídicos que están amenazados o en peligro, pero la igualdad del valor o importancia tanto del bien que salva como del que vulnera lo releva de responsabilidad por su conducta.

La tercera de las posturas de la tesis heterodoxa, es la que sostiene la existencia de un estado de necesidad como causa propia y como causa impropia de justificación, caracterizándose por la distinción entre antijuridicidad general y antijuridicidad genuinamente penal, que según los entendidos se puede definir a *"la primera como un concepto extractado de la teoría general del derecho, cuyo aspecto negativo está conformado por las causas de exclusión de injusto general, y la segunda como un concepto al cual corresponde el criterio del injusto penal, cuyo lado negativo está compuesto por las causas de justificación genuinamente del injusto penal o propiamente penales"*. (Günther, 1995. P. 47).

Finalmente estas son las posiciones doctrinarias sobre la figura del estado de necesidad, las mismas que nos dan las pausas necesarias para valorar el comportamiento del sujeto que actúa invocándolo y que producto de su acción termina vulnerando bienes jurídicos protegidos con el fin de salvaguardar otros de mayor importancia o valor.

2.2.3 La Compensación

Generalmente la figura de la compensación es conocida en el ámbito del derecho como una forma de extinguir las obligaciones entre dos personas deudoras y acreedoras entre sí, como nos indica el tratadista español Eduardo Volterra que dice que la compensación *"tiene lugar cuando, siendo dos sujetos, a un mismo tiempo, acreedores y deudores entre sí, en relaciones obligatorias cuyos objetos sean homogéneos, el crédito de que cada uno es titular, en relación con el otro sujeto, se reduce en la medida de la deuda a que está obligado cada uno respecto al otro"*. (Volterra, 1988, p. 92)

Por otro lado el tratadista mexicano Efraín Moto Salazar menciona que *"la compensación es un medio para extinguir obligaciones que tiene lugar cuando dos personas reúnen recíprocamente las cualidades de deudor y acreedor"* (Moto, 1989, p. 34), en esta misma línea ideológica el autor Arturo Puente menciona que *"la compensación consiste en la circunstancia de que dos personas reúnan la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por sus propios derechos"* (Puente, 1968, p. 159)

Por otro lado el autor Rafael Rojina Villegas se manifiesta al respecto diciendo que *“la compensación es un medio para extinguir obligaciones recíprocas para evitar un desplazamiento inútil de dinero o bienes fungibles, ya que sería contrario a la rapidez de las transacciones que el deudor pagara a su acreedor, para que este a su vez, siendo el deudor del primero le hiciera un nuevo pago.”* (Rojina, 1985 p. 492), así también el tratadista Eloy Maduro Luyando, dice al respecto que *“la compensación es la extinción que se opera en las deudas de dos personas recíprocamente deudoras cuando dichas deudas son homogéneas, líquidas y exigibles”.* (Maduro, 1989, p. 123)

Por su parte el tratadista Federico Puig Peña, al referirse a la compensación nos aporta con una definición de su naturaleza jurídica, y dice que: *“Cuando en una relación obligatoria existente entre dos personas se injerta, por así decirlo, otro vínculo obligacional, pero configurado de forma diametralmente opuesta, en el sentido de que el antiguo acreedor se convierta ahora en deudor, y éste a su vez, en acreedor de aquel”.* (Puig, 1966, p. 321), de la misma forma otro autor como Diego Espín Cánovas nos indica que *“la compensación es un modo de extinguir simultáneamente y hasta la misma cuantía, de dos obligaciones diversas existentes entre dos personas que recíprocamente son acreedoras y deudoras”* (Espín, 1957, p. 170)

A pesar de que la mayoría de tratadistas que acabamos de citar, definen a la compensación como un medio de extinción de obligaciones, algunos otros doctrinarios sostienen la compensaciónes un *“pago abreviado”*, entrando en discrepancias con los demás que argumentan que no hay propiamente pago, sino todo lo contrario, exclusión total del pago una vez que se dan todos los presupuestos propios de la compensación.

En este sentido podríamos afirmar que el efecto que busca la compensación es tan solo la extinción o liquidación de las deudas recíprocamente homogéneas, sin embargo la aplicación dentro de las relaciones sociales de esta figura ha hecho que se determinen cuatro tipos de compensación que son las siguientes:

1. Compensación legal.- Es aquella que se determina dentro del derecho por lo tanto esta instituida en una Ley, como por ejemplo en nuestro Código Civil que en su artículo 1288 dice. *“Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo”* (Código Civil del Ecuador, 2010, Art. 1288).

En este sentido la figura jurídica de la compensación entra en acción en el ámbito del derecho cuando es declarada por un juez, en virtud de que existen obligaciones que deben ser extinguidas desde que se convirtieron en líquidas y exigibles.

2. Compensación convencional.- Es aquella en la que tiene que intervenir necesariamente la voluntad de ambas partes, es decir del deudor y del acreedor que quieren extinguir la obligación establecida entre ellos, para que se de este tipo de compensación no es necesario que se presenten algún tipo de requisito legal, tan solo las condiciones que los sujetos participantes establezcan.

Las condiciones que las partes pueden determinar para que opere la compensación convencional entre ellas, estarán condicionadas al tipo de obligación que mantienen, en este sentido si no existe homogeneidad por tratarse mercancías o bienes de distinta naturaleza, deberán llegar a acuerdos de lo contrario deberán recurrir a la parte judicial para dirimir sus controversias.

3. Compensación facultativa.- Es aquella en la cual una de las partes a voluntad propia desiste de hacer efectivo cualquier obstáculo que tiene a su favor para acceder a la compensación legal, propiciando un camino directo al objetivo inicial con la otra parte que es la compensación, muchos dicen que esta es una figura intermedia entre la compensación legal y la voluntaria.

4. La compensación judicial.- Para que este tipo de compensación se presente es necesario que una de las deudas adolezca de la falta de uno de los requisitos que la Ley establece para tal efecto (exigibilidad de la obligación o su liquidez), en este sentido dentro del proceso iniciado por una de las partes (actora), quien posee la obligación que adolece de legalidad no podrá oponer la compensación legal, puesto que sería improcedente y por lo tanto rechazada, pero puede reconvenir el actor como deudor suyo para que le pague una vez que la obligación sea exigible o líquida, por lo tanto solicitará al administrador de justicia que declare la compensación entre ambas obligaciones.

Finalmente, podemos concluir que la figura de la compensación no es más que un instrumento jurídico que permite la extinción de una obligación entre dos sujetos llamados acreedores y deudores entre sí, a la cual pueden acceder bien sea por voluntad

propia o bien a través de la Ley en la cual un Juez resolverá el conflicto y declarará la compensación, en este sentido y en concordancia con el tema de esta investigación esta figura resolvería sin mayor inconveniente los conflictos que se deriven del incumplimiento de obligaciones por parte de los Estados sobre la base del estado de necesidad.

2.2.4 El derecho de la reparación de daños y perjuicios

En el derecho internacional, la mayoría de doctrinarios coinciden en que todo incumplimiento o violación de un deber jurídico-internacional, por parte de un Estado, aun invocando para ello el estado de necesidad, genera daños y perjuicios que deben ser reparados por el infractor que cometió el hecho ilícito, en este sentido las víctimas de forma individual o colectiva pueden exigir que sean reparadas todas y cada una de las vulneraciones que han sufrido sus intereses legítimos, como nos ilustran los autores Julio González Campos, Luis Sánchez Rodríguez y Paz Andrés Sanz de Santamaría cuando dicen que: *“Es el derecho que toda persona tiene a recibir en el caso de haber sufrido un daño injusto, desagravio, resarcimiento y satisfacción. Es decir, el conjunto de medidas que tienden a restablecer la situación que existiría si ciertos hechos dañosos no se hubieran producido”* (González, Sánchez & Sanz, 1998, p. 366)

La inobservancia de una obligación internacional, crea una relación jurídica entre el Estado y actor internacional al cual afecta con su incumplimiento, por lo tanto los hechos ilícitos obligan a la reparación, aspecto que también se encuentra enmarcado en la teoría de la responsabilidad internacional, en este sentido, debemos tener en cuenta que el afectado también tiene a su favor un doble efecto jurídico pues además de tener el derecho de reparación como víctima de un comportamiento antijurídico, podría hacer efectiva una sanción en contra del infractor o en su defecto las garantías que pudieron establecerse dentro de un acuerdo bilateral, es decir el fin es el resarcimiento como lo indica el autor costarricense Juan Marcos Rivero cuando dice:

“El fin del resarcimiento, no puede ser otro el de compensar a la víctima ni más ni menos que todos los daños por ella realmente experimentados, a fin de ser colocada de nuevo en el estado en que se encontraba antes de que se verificara el evento dañoso. Esta compensación puede llevarse a cabo por medio de la reparación del daño o bien gracias al resarcimiento en dinero en la lesión sufrida”. (Rivero, 2001, p. 118)

En el derecho internacional se conocen dos tipos de daño que son el material y el moral, por lo general dentro de los incumplimientos de obligaciones por parte de los estados, se reclaman daños materiales que pueden ser reparados tanto por la restitución en especie como por la indemnización de daños y perjuicios, cuya diferencia estriba según el autor Rafael Sanabria Rojas en que *“los segundos hacen desaparecer el desequilibrio patrimonial a través de la equivalencia o la compensación, en cambio la restitución supone o significa dejar el patrimonio en el mismo ser y estado anterior al acto dañoso”*. (Sanabria, 2008, p. 212).

Para la doctrina internacional, la reparación por restitución es la forma más perfecta puesto que apunta a restablecer el bien jurídico protegido al estatus que tenía antes de ser vulnerado, borrando todas las consecuencias del hecho ilícito, al respecto de la Resolución aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos, dice en su Art. 35 lo siguiente:

Restitución

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

- a) No sea materialmente imposible;*
- b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.*
(Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002, Art. 35)

Sin embargo esta forma de reparación, no siempre es posible gracias a la intervención de diversas circunstancias que impiden su realización efectiva, las mismas que se derivan de la imposibilidad material (desaparición o destrucción de bienes), de la misma forma puede ser en virtud de la imposibilidad jurídica (por obstáculos constitucionales o legislativos), es decir cuando el ordenamiento jurídico de un país impide acceder a esta reparación.

Pero además de estos aspectos señalados, también pueden presentarse ciertas circunstancias para que no prospere esta modalidad de reparación que se derivan de la voluntad de las partes intervinientes como la oposición del Estado responsable, el desinterés del perjudicado en virtud de que busca una indemnización, acuerdo de las partes, invocación de intereses públicos superiores, etc., por lo tanto al no poder utilizar la restitución, se deberá proceder con la otra forma de reparación que es la compensación o indemnización de daños y perjuicios.

El objetivo de la indemnización por daños y perjuicios como método de reparación ante el incumplimiento de una obligación, es cubrir al afectado o víctima por equivalencia lo adeudado conjuntamente con el resarcimiento de los daños o perjuicios sufridos que no fueron reparados por el pago, al respecto el documento sobre responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos de las Naciones Unidas también se pronuncia en su Art. 36 numeral 1 diciendo:

Indemnización

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.

2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado. (Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002, Art. 36 numeral 1)

Esta es la forma más común de reparación que se utiliza en el ámbito del derecho internacional para resarcir los daños y perjuicios causados por un hecho internacionalmente ilícito, pero el hecho de recompensar el mal causado no quiere decir que la situación ilícita que lo originó deba persistir o prolongarse en el tiempo, por lo tanto es necesario que se vuelva a un estado de legalidad con la cesación de las circunstancias que motivaron el incumplimiento de la obligación internacional por parte del Estado, quien además deberá otorgar las respectivas garantías de que el hecho no se repetirá, como también lo indica la Resolución sobre responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos de las Naciones Unidas que dice en su Artículo 30:

Cesación y no repetición

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

a) A ponerle fin, si ese hecho continúa;

b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen. (Resolución sobre la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002, Art. 30)

En conclusión, cuando un Estado incumple una obligación internacional sea por la razón que sea, ocasiona daños y perjuicios que deben ser resarcidos o reparados de forma integral y con la garantía de la no repetición del hecho o actos ilícitos, con el fin de mantener la armonía en las relaciones internacionales que mantiene y así evitarse conflictos jurídicos que pueden terminar perjudicando a la sociedad a la que intento proteger.

2.2.5 Las obligaciones internacionales de los Estados

Los Estados de la comunidad internacional tienen la facultad de contraer compromisos u obligaciones con otros Estados o con actores internacionales jurídicamente iguales, sin embargo al ser incumplidas o inobservadas producen una responsabilidad internacional, por cuanto el hecho internacionalmente ilícito cometido trae consigo el deber de reparar los daños y perjuicios causados.

Según el autor Alexander Aizenstatd citado en el Anuario mexicano de derecho internacional Vol. 12, *“la responsabilidad internacional es cualquier acto o hecho que provoque una violación del derecho internacional imputable a un Estado y del cual se deriven para otro estado un daño material o uno moral”* (Aizenstatd, 2012, p. 23)

La comunidad internacional a través del derecho internacional ha brindado protección a la sociedad, indicando que nadie debe soportar daños y perjuicios por los actos de otros, caso contrario quien realice una actividad dañosa aunque no sea voluntariamente incurrirá en responsabilidad internacional y por lo tanto adquiere el deber

de repararlo, como también lo indica el tratadista Manuel Becerra Ramírez quien define a la responsabilidad internacional como *"la institución de Derecho Internacional por medio de la cual se establece que cualquier violación de un compromiso contenido en una norma internacional trae por consecuencia una obligación de efectuar una reparación moral o material"* (Becerra, 1991, P. 200)

Por otro lado el tratadista ruso Tunkin dice que "la responsabilidad jurídica internacional son las consecuencias jurídicas que recaen sobre el sujeto de Derecho Internacional como resultado de la infracción jurídica internacional cometida por él". (Tonkín, 1979, p. 153), de la misma forma al referirse a la responsabilidad jurídica internacional, el tratadista español Eduardo Jiménez de Aréchaga dice que:

Siempre que se viola, ya sea por acción o por omisión, un deber establecido en cualquier regla de Derecho Internacional, automáticamente surge una responsabilidad jurídica nueva. Esta relación se establece entre el sujeto al cual el acto es imputable, que debe responder mediante una reparación adecuada, y el sujeto que tiene derecho a reclamar la reparación por el incumplimiento de la obligación. (Jiménez, 1980, p. 62)

En este orden de ideas pero con una definición más apegada a los postulados del derecho internacional, el tratadista cubano Fernando Mariño Menéndez dice:

"Si un sujeto de Derecho Internacional realiza una conducta (de acción o de omisión) que el propio ordenamiento considera de algún modo lesiva, bien para los derechos de terceros, bien para ciertos otros bienes o intereses suyos (el daño a los cuales también debe ser reparado); si esa conducta le es atribuible; y si (en el caso de que la conducta viole una obligación a cargo del implicado) su ilicitud no puede ser excluida por ninguna de las causas jurídicas previstas, entonces el sujeto queda colocado en una nueva situación jurídica: la de ser responsable ante dichos terceros lesionados de las consecuencias de su acto y estar así obligado a restaurar la integridad del orden violado y, más en concreto a reparar la lesión o daño que les hubiera causado." (Mariño, 1985, p. 324)

De esta forma queda claro que la responsabilidad internacional es el conjunto de obligaciones que nacen a partir de un hecho ilícito cometido por un estado o actor internacional jurídicamente igual, sin embargo se debe tener en cuenta que esta figura se

constituye en referencia al sujeto responsable, a la fuente que la genera y a la importancia de la obligación violada.

Por otro lado la responsabilidad internacional puede ser directa cuando se presenta el incumplimiento directo de obligaciones internacionales del Estado, o indirecta cuando un Estado asume la responsabilidad de una violación de derecho internacional ejecutada por otro Estado. Bajo este mismo contexto debemos mencionar que los elementos de la responsabilidad internacional, son como lo menciona el tratadista mexicano Max Sorensen, los siguientes:

1) Existencia de acto u omisión que viole una obligación consagrada por una regla de derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado por dicho acto u omisión.

2) El acto ilícito debe ser imputable al Estado como persona jurídica.

3) Debe haber producido un perjuicio o un daño como consecuencia del acto ilícito. (Sorensen, 1981, p. 508)

En conclusión, podemos afirmar que la responsabilidad internacional se desprende de las conductas que violan o atentan contra las normas de derecho internacional, pudiendo ser el sujeto de esta figura tanto los estados de la Comunidad Internacional como cualquier actor jurídicamente igual, por lo tanto siempre que ocurra tal violación, automáticamente surge una relación jurídica nueva, que es el deber de reparar por parte del infractor y el derecho de reclamar tal reparación por la parte afectada por el incumplimiento de la obligación.

2.2.6 Tratados bilaterales de protección de inversiones

La dinámica de la economía mundial, ha permitido el traspaso de las fronteras para determinar inversiones fuera del territorio nacional del inversor, este fenómeno que empezó hace aproximadamente cincuenta años ha infundido grandes cambios económicos, jurídicos, sociales y políticos dentro de la comunidad internacional así como de los regímenes internos de cada Estado que recepta capital para realizar un negocio jurídico.

Negocios jurídicos que necesitaban de un amparo para los inversionistas frente a los Estados de la comunidad internacional, naciendo de esta forma los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones, los mismos que son instrumentos jurídicos que utilizan los capitalistas para salvaguardar su dinero y a los cuales han querido dotarles de alcances inimaginables como las cláusulas paraguas por ejemplo, en las cuales se desconoce la soberanía del país receptor y cualquier controversia surgida del acuerdo debe ser conocida por tribunales internacionales sin agotar las instancias judiciales internas.

El crecimiento desmesurado de tratados bilaterales de inversiones en los últimos años, los ha llevado a constituirse según la doctrina, en una especie de régimen jurídico internacional de la inversión extranjera, que según la tratadista Norma Bruno se da por:

“La incertidumbre que genera en los inversores extranjeros el carácter controvertido de las normas de Derecho Internacional Público en esta materia; y por otro, la situación generada desde el Derecho Internacional Privado respecto de si aplicamos ley del domicilio del inversor o derecho del lugar de ejecución de la inversión y las implicancias de cada alternativa”. (Bruno, 1999, p. 11)

Las relaciones que establecen los tratados bilaterales de protección de inversiones entre los Estados y los particulares, desde siempre han tenido matices controversiales sobre si la redacción de los mismos cataloga a los segundos como meros beneficiarios o, si además, les reconoce la capacidad para exigir el respeto y cumplimiento de los derechos conferidos en los tratados, sin embargo muchos autores coinciden en que estos instrumentos jurídicos de derecho internacional materializan su amparo precisamente en la consagración de derechos a favor de los inversores y en la instrumentación para que surtan efectos jurídicos en el plano internacional, como los determinados por el Tratadista Leonardo Granato que dice:

a) En primer lugar, establecen el trato y protección debidos al inversor extranjero que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar. Su carácter convencional aleja cualquier duda sobre su cumplimiento, incurriendo en responsabilidad internacional el Estado que incumpla con lo estipulado en el instrumento internacional.

b) En segundo lugar, otorgan al inversor extranjero el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional. Esta capacidad procesal le permite dirigir su propio reclamo, sin la intermediación del Estado del cual es nacional, superando de ese modo las limitaciones que le impone el orden jurídico internacional.

Por regla general, el particular no se encuentra habilitado para reclamar en la instancia internacional al Estado que haya lesionado algún derecho suyo. Debe recurrir necesariamente ante los órganos competentes de dicho Estado, de conformidad con las reglas establecidas al efecto en su derecho interno. Una vez agotados los recursos internos, y no habiendo obtenido una satisfactoria reparación por el presunto perjuicio sufrido, el particular podrá acudir a reclamar internacionalmente.

c) por último, los Tratados Bilaterales de Inversión amparan los contratos concluidos por el inversor extranjero con el Estado receptor. Estos contratos, generalmente, se hallan sujetos a los vaivenes del derecho interno que permite al Estado resolverlos unilateralmente por razones de “interés público”, y perjudicar seriamente al inversor extranjero. Así, por ejemplo, el Estado puede modificar de forma unilateral e imprevisible su legislación administrativa sobre concesiones, o las normas de derecho laboral o de la seguridad social, nacionalizar ciertas empresas, expropiar sus bienes, alterar el régimen aduanero o establecer control de cambio de divisas. (Granato, 2012, p. 18)

A pesar de que los efectos jurídicos que acabamos de revisar son claros, es necesario hacer la siguiente precisión, puesto que la relación contractual Estado receptor – inversor extranjero siempre se mantiene en el ámbito del derecho privado, y lo que los tratados bilaterales de protección de inversiones judicializan internacionalmente son las obligaciones asumidas por el Estado de las cuales son beneficiarios los inversores extranjeros quienes pueden hacer sus reclamos en el plano internacional por medio del arbitraje.

En conclusión, los tratados bilaterales de protección de inversiones no son más que los instrumentos jurídicos que el derecho internacional ha desarrollado con la finalidad de que las negociaciones entre los Estados y actores internacionales jurídicamente iguales, se desarrollen en un marco de armonía y legalidad, sin embargo y

como se ha estudiado en esta investigación existen casos en los cuales los Estados tienen que incumplir con los deberes adquiridos invocando un estado de necesidad, que está siendo desconocido por los afectados en virtud de que no consta en estos instrumentos, más se debe recordar que la figura invocada es un principio del derecho internacional por lo tanto no necesita constar expresamente para su aplicación.

2.3 Fundamentación Legal

2.3.1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

Como se evidenció párrafos arriba, la utilización de los tratados bilaterales de protección de inversiones comenzó aproximadamente en el año de 1960, concomitantemente con estos también se suscribían otros tipos de tratados para regular las relaciones internacionales, razón por la cual los estados de la comunidad internacional vieron la necesidad de determinar las funciones fundamentales de todos estos instrumentos jurídicos.

Es así como los estados de la comunidad internacional *“reconociendo la importancia cada vez mayor de los tratados como fuente del derecho internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales”* (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969), suscriben en el año de 1969 la Convención sobre el derecho de los tratados en la ciudad de Viena, comenzando por dar una definición del termino tratado, la misma que dice que es *“un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”* (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, Art. 2 literal a)

De la misma forma la Convención de Viena determinó sus lineamientos generales sobre tratados en base a los principios del libre consentimiento y de la buena fe, además también tuvo en cuenta la norma "pacta sunt servanda" determinándola en el Art. 26 que dice: *“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”* (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, Art. 26)

La Convención de Viena también determina que *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”* (Convención

de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, Art. 27), es decir si se cambiara por alguna razón el ordenamiento interno de un Estado, este no podrá incumplir con su obligación por esta causa, sin embargo este mismo cuerpo normativo indica que *“las controversias relativas a los tratados, al igual que las demás controversias internacionales deben resolverse por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional”* (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969), en este sentido hemos de recordar que el estado de necesidad es uno de los principios a los que se refiere, además de los siguientes:

“Los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como los principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades.” (Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, 1969)

Así también la Convención de Viena tuvo la prolijidad de aclarar que la responsabilidad internacional de los Estados suscriptores de tratados, se mantiene independientemente de los problemas jurídicos que se deriven por errores, nulidades, terminaciones, etc., como lo podemos ver en el siguiente enunciado:

“Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado.- La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado.” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, Art. 43)

En conclusión, podemos definir que este instrumento jurídico de derecho internacional denominado Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, contribuyo a que se desarrollen las relaciones entre los Estados de la comunidad internacional en un ambiente de paz y seguridad, al fomentar una regulación a los convenios que suscriben con la finalidad de lograr la cooperación y el desarrollo de cada Estado.

2.3.2 Tratados internacionales que establecen el estado de necesidad

La responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, siempre ha sido una de las preocupaciones del derecho internacional, es así como en 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas crea la Comisión de Derecho Internacional (CDI) para que se especialice en este y otros temas de trascendental importancia.

De esta forma en 1956 se nombra como primer relator especial sobre la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos a F. V. García Amador de Cuba, el mismo que hasta 1961 presenta seis informes, posteriormente el segundo relator especial Roberto Ago presenta ocho informes hasta 1980, de los cuales se derivaron 35 artículos que fueron aprobados por la Comisión de Derecho Internacional, por su parte el tercer relator W. Repaguen hasta 1986 presenta siete informes, luego sería sucedido por el italiano G. Arangio Ruiz que terminaría su labor en 1996, año en el cual la Comisión de Derecho Internacional aprueba el primer texto integral del proyecto de artículos, con comentarios.

El último relator especial fue James Crawford quien hasta el 2001 entrega un informe definitivo con 59 artículos, los mismos que fueron presentados a los gobiernos para que formularan comentarios, en ese mismo año en el 53° período de sesiones se aprueba la versión definitiva y se expone a la Asamblea General de las Naciones Unidas, que a su vez la expone a la atención de los gobiernos, para que en un futuro sea aprobado como texto de un tratado o de otro tipo de medida.

Lamentablemente el único documento internacional que ha incluido la figura del estado de necesidad dentro de su texto, aun continua a la espera de convertirse en un instrumento internacional aceptado por todos los Estados, como lo es la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, sin embargo debemos mencionar que en la práctica los artículos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas están siendo aplicados ampliamente, por los tribunales de justicia internacional incluyendo la Corte Internacional de Justicia.

Bajo este contexto es menester que se revise el contenido de la Resolución sobre la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos, el mismo que en sus primeros tres artículos determina los principios rectores que dicen:

Artículo 1.- Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Artículo 2.- Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y*
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.*

Artículo 3.- Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno. (Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002, Arts. 1, 2 y 3)

Entre los alcances que podemos determinar de estos principios, está la existencia de la responsabilidad objetiva y subjetiva de los Estados al momento de violar una obligación internacional que se encuentra regulada en el siguiente artículo:

Artículo 12.- Existencia de violación de una obligación internacional

Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación. (Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002, Art. 12)

Pero concomitantemente con la responsabilidad que se determina para el Estado que incumple una obligación internacional, también se exponen las circunstancias que excluyen de ilicitud el acto perpetrado, entre las cuales consta el estado de necesidad cuyo texto es el siguiente:

Artículo 25.- Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

- a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y*
- b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.*

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

- a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o*
- b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad. (Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002, Art. 25)*

Sin embargo se puede notar que en toda la redacción de este artículo no se encuentra alusión alguna respecto de su utilización en los Tratados Bilaterales de Inversiones, pero por otro lado si se encuentra la obligación para los Estados de cesar y no repetir las circunstancias o hechos que motivaron el incumplimiento en el siguiente artículo que dice:

Artículo 30.- Cesación y no repetición

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

- a) A ponerle fin, si ese hecho continúa;*
- b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen. (Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002, Art. 30)*

Es decir que no solo es el hecho de justificar el incumplimiento sino que el Estado infractor debe hacer el compromiso de cesar los hechos y de tomar las medidas necesarias

para que no se vuelvan a repetir, pero por supuesto deberá resarcir los daños que ocasionó como lo dispone el siguiente artículo:

Artículo 31.- Reparación

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado. (Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002, Art. 31)

La reparación es la consecuencia lógica cuando se causa algún perjuicio o daño, sin importar la razón que obligó a causarlo, en este sentido dependiendo del bien jurídico afectado por el Estado que violó sus obligaciones internacionales, pueden existir varias formas de reparación como las detalladas en el siguiente artículo:

Artículo 34.- Formas de reparación

La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo. (Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002, Art. 34)

Entre las formas de reparación que el documento sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de las Naciones Unidas contiene, no se encuentra contemplada la figura de la compensación como uno más de los métodos de reparación, por lo tanto esta es una de las falencias de las que adolece este instrumento que deberían ser corregidas dentro de su articulado antes de ser aprobada como tratado o como convención.

2.3.3 Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones

Dentro del tema de estudio de esta investigación en el cual se ha detectado que los Tratados Bilaterales de Inversiones no contienen de forma expresa las causas de justificación para el incumplimiento de obligaciones y tampoco la figura de la compensación como mecanismo de reparación de los daños causados, a modo de ejemplo

y para corroborar lo aseverado se analizó el tratado suscrito entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América, quienes entre las consideraciones para la firma de este acuerdo no las manifestaron, pero sí se determinaron los procedimientos para elevar a conocimiento del CIADI cualquier controversia:

Artículo VI

1. A efectos del presente Artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa parte y dicho nacional o sociedad; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.

2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

a) Los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o

b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convertido, o

c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

3. a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

i) Del centro internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“el Centro”) establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, hecho en Washington el

10 de marzo de 1965 (“Convenio del CIADI”), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o

*ii) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste;
o*

iii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional (CNUDMI), o

iv) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convenga las partes en la diferencia.

b) Una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento.

4. Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o de la sociedad, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme el párrafo 3, cumplirá el requisito de:

a) Un “consentimiento por escrito “de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro) y a efectos de las normas del Mecanismo Complementario, y

b) Un “acuerdo por escrito “a efectos del Artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de 1958 (“Convención de Nueva York”).

5. Todo arbitraje efectuado de conformidad con la cláusula ii, iii o iv del inciso a), párrafo 3 del presente Artículo, tendrá lugar en un estado que sea Parte en la Convención de Nueva York.

6. Todo laudo arbitral dictado en virtud de este Artículo será definitivo y obligatorio para las partes en la diferencia. Cada Parte se compromete a aplicar sin demora las disposiciones de dicho laudo y a garantizar su ejecución en su territorio.

7. En todo procedimiento relativo a una diferencia en materia de inversión, las Partes no emplearán como defensa, reconvencción, derecho de contra reclamación o de otro modo, el hecho de que la sociedad o el nacional interesado ha recibido o recibirá, según los términos de un contrato de seguro o de garantía, alguna indemnización u otra compensación por todos sus supuestos daños o por parte de ellos.

8. A efectos de un arbitraje efectuado según lo previsto en el párrafo 3 del presente Artículo, toda sociedad legalmente constituida conforme al ordenamiento interno de una Parte o subdivisión política de la misma que, inmediatamente antes de ocurrir el suceso o los sucesos que dieron lugar a la diferencia, constituyera una inversión de nacionales o de sociedades de la otra Parte, deberá ser tratada como nacional o sociedad de esa otra Parte, conforme al inciso b), párrafo 2, del Artículo 25 de la Convención del CIADI. (Tratado bilateral de inversión entre Ecuador y Estados Unidos, 1993)

De la lectura científica realizada a este tratado bilateral de inversión suscrito entre Ecuador y Estados Unidos, no se encontró mención alguna sobre el estado de necesidad y mucho menos sobre la compensación, solamente como se puede observar de la cita los lineamientos para acceder a la administración de justicia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), organismo bastante cuestionado por la comunidad internacional en virtud de indicios de parcialidad hacia grupos económicos de gran poderío y en detrimento de los principios de derecho internacional.

2.3.4 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI es una institución que forma parte del Grupo del Banco Mundial, cuyo objetivo principal es propiciar la solución de controversias surgidas de los acuerdos o tratados de inversiones entre gobiernos y nacionales de otros Estados. Entre las finalidades que tiene este organismo está la de brindar a la comunidad internacional una herramienta capaz de promover y propiciar la seguridad jurídica a los flujos de inversión internacionales.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) fue creado a través del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, previa la presentación de un informe elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento del Banco Mundial y que fuera presentado a los gobiernos miembros este organismo el 18 de marzo de 1965 y su final aprobación se dio el 14 de octubre de 1966 y en cuyo primer artículo determina lo siguiente:

Sección 1 Creación y organización

Artículo 1

(1) Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo llamado Centro).

(2) El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio. (Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros Estados, 1966, Art. 1)

De esta forma quedo estipulado el objeto de este Convenio que en primer lugar era crear Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y en segundo lugar los objetivos primordiales de este organismo que es facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes, a un procedimiento de conciliación y arbitraje que deberá ser llevado por expertos como lo indica el siguiente artículo:

Artículo 12

La Lista de Conciliadores y la Lista de Árbitros estarán integradas por los nombres de las personas calificadas, designadas tal como se dispone más adelante, y que estén dispuestas a desempeñar sus cargos.

Artículo 14

(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será

circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.

(2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica. (Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros Estados, 1966, Arts. 12 y 14)

Estas medidas fueron estipuladas con el objeto de transparentar los procesos de conciliación y arbitraje y de depositar dichos procedimientos en manos de personas versadas en derecho, quienes adquieren una gran responsabilidad de administrar justicia a través de la aplicación de los principios internacionales, de los contenidos de los tratados bilaterales de inversiones y de las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, dentro del ámbito de su jurisdicción que es el siguiente:

Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado. (Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros Estados, 1966, Art. 25)

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, adquiere su potestad jurisdiccional para resolver las controversias derivadas de una inversión, siempre que esta haya sido otorgada por las partes contratantes por escrito, caso contrario no podrá avocar conocimiento de un conflicto, pero por otro lado se deja a salvo el derecho de agotar las instancias judiciales y administrativas del estado contratante como se puede observar en el siguiente artículo:

Artículo 26

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá

exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

En conclusión, el CIADI adquiere potestad de resolver en arbitraje las diferencias respecto de las inversiones internacionales, pero siempre y cuando las partes hayan consentido en su convenio la intervención, de esta forma en la actualidad son muchas las causas en las que avoca conocimiento, sin embargo podría minorar esta carga respecto de los conflictos creados por incumplimiento de obligaciones por los Estados invocando el estado de necesidad, tan solo si existiera normativa internacional que ponga reglas claras sobre su utilización, especialmente dentro de los tratados bilaterales de inversión.

2.4 Fundamentación Teórico – Científica

2.4.1 Peligro grave e inminente

Para que el estado de necesidad que es invocado por los estados para el incumplimiento de obligaciones internacionales, sea legítimamente reconocido debe existir una situación de peligro, es decir debe ser un acontecimiento que implique efectivamente una posibilidad de daño, o la presencia de riesgo de bienes jurídicos protegidos. Al respecto el tratadista mexicano Doctor Ricardo Franco Guzmán, menciona tres aspectos fundamentales que debe contener el peligro y que son:

a) Es indispensable que el peligro sea real, es decir, que sea efectivo, que sea cierto, que tenga una realidad fáctica, pues de ser ficticio, imaginario o ilusorio, dejará de tener la característica fundamental para que se integre la causa de justificación de estado de necesidad.

b) Es indispensable también que el peligro sea grave, o sea que su naturaleza, su entidad, sea de tal modo importante que amenace destruir o dañar en cierta forma los bienes protegidos. Un peligro pequeño o muy leve no basta para integrar esta causa de justificación. Es imprescindible que sea grave.

c) Por último, el peligro debe ser inminente. Con ello se quiere significar la inmediata proximidad del mismo. Debe tratarse de un daño que esté por ocurrir, de un perjuicio que vaya a producirse en forma inmediata o muy próxima. Un peligro pasado o que deba acontecer en un futuro lejano, no podrá integrar esta causa de justificación. (Franco, 2013, p. 4)

Se puede concebir un estado de necesidad cuando existe peligro para bienes jurídicos protegidos como la vida o integridad física, pero también para los casos de lesiones materiales, pero dicho peligro debe ser real, es decir debe existir materialmente y no ser solo suposiciones o conjeturas adelantadas de las consecuencias de un hecho.

Por otro lado la adecuación de circunstancias para poner en peligro un bien jurídico protegido no representa un peligro real sino forjado que no podrían ser elemento constitutivo de un estado de necesidad, puesto que quien lo invoca tiene intereses que no se derivan del afán de proteger bienes jurídicos de males mayores sino que podrían estarse intentando encubrir situaciones ilegales o en su defecto brindando protección no a intereses colectivos sino de unos cuantos y ya no se estaría hablando de peligro que según Cristina Santillán:

“Se refiere a cualquier situación que puede ser una acción o una condición que ostenta el potencial de producir daño sobre una determinada persona o cosa. Ese daño puede ser físico y por ende producir alguna lesión física o posterior enfermedad según corresponda o bien el daño puede estar destinado a provocar una herida en un ambiente, una propiedad o en ambos.” (Santillán, 2011, P. 10)

El peligro que genera las acciones o conductas, deben tener condiciones de gravedad es decir no existe otro modo de salvaguardar el bien jurídico en juego por lo tanto es significativo e ineludible, caso contrario de no existir estas condiciones no habrían aspectos de alarma que obliguen a actuar de una determinada manera para salvar a alguien o algo que no está en peligro o que la amenaza es insignificativa.

De la misma forma según el Manual Básico para la estimación del Riesgo del Instituto Nacional de Defensa Civil de Perú, *“peligro inminente debe entenderse a la presencia de una situación actual creada por un fenómeno natural o por un ser humano, que ocasione grave perjuicio para la colectividad” (Instituto Nacional de Defensa Civil de Perú, 2006)*, es decir no se puede invocar una necesidad sobre un peligro que está por venir o que ya paso en algún lapso de tiempo.

En conclusión de no reunirse las tres características fundamentales del peligro que constituye un estado de necesidad, no podríamos estar frente a esta figura, por lo tanto las acciones dañosas no serían justificadas y quien o quienes las cometieron deberán soportar las consecuencias jurídicas de sus actos que no serán en las mismas condiciones que si se

hubiera obtenido la exclusión de la responsabilidad, en este sentido los Estados que pretenden invocar el estado de necesidad deben hacerlo sobre la base doctrinaria que constituye esta figura, caso contrario estarán frente a serios inconvenientes que podrían terminar vulnerando a la sociedad a la que protegen.

2.4.2 La exclusión de la responsabilidad

La responsabilidad es la condición que se otorga al causante de un daño o perjuicio en virtud de sus actuaciones, es decir se presenta cuando un sujeto transgrede un deber de conducta señalado en una norma jurídica o bien en un convenio, en esta misma línea el tratadista Edgar Bodenheimer hace una reminiscencia desde su terminología y dice:

“El término responsabilidad se deriva del verbo "responder", que a su vez tiene sus raíces lingüísticas en la palabra latina responderé. Los romanos, que eran un pueblo jurista, usaban responderé en primer término con un sentido jurídico. El demandado, o su representante en el tribunal, "responderían" a una demanda presentada en su contra interponiendo razones y alegatos designados para hacer frente a los cargos del demandante y para justificar su propia conducta. Si el tribunal encontraba que las razones y los alegatos no eran satisfactorios, el demandado era requerido para contestar a la demanda en una forma diferente y no verbal: se le pedía, quizá "responder" a los daños por incumplimiento de contrato, o devolver algunos bienes adquiridos ilícitamente por él”. (Bodenheimer, 1973, p. 75)

En la línea de investigación que estamos llevando en este trabajo, la exclusión de responsabilidad es también una condición que como advertimos se establece con el afán de resarcir a entidades que sufren violaciones a sus derechos durante el estado de necesidad de una nación.

Sin embargo existen circunstancias que excluyen la ilicitud del acto que lleva a cabo la nación que declara el estado de necesidad, si analizamos el quinto capítulo de la primera parte de la Resolución del Proyecto sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas que trata las causas de exclusión de la ilicitud. Según el tratadista Dante Scaglione Roco en su tratado sobre Derecho Internacional Público, advierte que:

“Son llamadas de ese modo y no simplemente causas de exclusión de la responsabilidad porque el efecto de las causas en cuestión es el convertir en ilícita

una conducta y no simplemente el de desproveer de consecuencias a un hecho que continua siendo ilícito. Como ha dicho la Comisión de Derecho Internacional son circunstancias que tienen en común un aspecto esencia, consistente en que hacen definitiva o temporalmente inoperante la obligación internacional de cuya violación se trate, en los casos que ocurre una de esas circunstancias". (Scaglione Roco, 1999, pág. 151)

Por lo tanto quedan afuera de estas causas aquellas que se limitan a agravar o atenuar la responsabilidad, en otras palabras las causa excluyentes de ilicitud comportan la no comisión de un delito y por consiguiente la inexistencia de responsabilidad, en otro estudio del mismo autor realizado en 2003 se realiza un análisis de las circunstancias que tiene los estados para excluirse de responsabilidad según el proyecto realizado en naciones Unidas, estos efectos son los siguientes:

- 1) *El consentimiento*
 - 2) *Las contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito*
 - 3) *Fuerza mayor y caso fortuito*
 - 4) *Peligro extremo (distress, détresse)*
 - 5) *Estado de necesidad (del estado)*
 - 6) *La legítima defensa*
- (Scaglione, 2003, pág. 342)*

Respecto al consentimiento, en el artículo 20 del Proyecto de la Comisión dice:

"el consentimiento válido de un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el primer Estado en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento". (Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002)

Es decir que se entiende que la medida se aplica cuando un estado no puede reclamar contra el hecho de otro para el cual prestó consentimiento, dicho consentimiento equivale a un acuerdo entre las partes que ha quitado fuerza a la obligación del caso particular. Un ejemplo sería el consentimiento o la petición del gobierno del estado, cuya soberanía se habría violado en otro caso cuando se ha intentado justificar el envío de tropas para ayudar a reprimir disturbios internos, una rebelión o una insurrección. Finalmente podemos decir que la prestación del consentimiento será válida salvo que

concurran en ella algunas de las causas que vician el consentimiento (error, solo, coacción, etc.) por lo cual el hecho sería ilícito.

En el siguiente punto el tratadista Dante Scaglione enumera a las contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito, sin embargo en la enumeración del proyecto realizado por la Comisión de Derecho Internacional se refiere a la legítima defensa como causa excluyente de la ilicitud, el artículo 21 lo define en los siguientes términos: *“La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”*. (Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002)

Esto quiere decir que la Comisión de Derecho Internacional considera necesaria la presencia de dos premisas básicas para la operación de la legítima defensa: la primera radica en que se emplea solo *“en los casos en que tenga finalidades defensivas, es decir, que adopte la forma de oposición al ataque violento de otro sujeto”*. Y su carácter de *“excepción a una norma por la que se reserva a una autoridad centralizada al monopolio o el cuasi monopolio de uso de la fuerza”*. (Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002)

Pero existe un problema que se presenta con respecto al Art. 51 de la Carta de la Naciones Unidas, ya que es un mero título de ejemplo y para el resto de la normativa de ese derecho la Carta se remite a la costumbre internacional. De este modo, se admitiría como legítima defensa acciones diferentes a la reacción contra un ataque armado, como serían por ejemplo la defensa de los nacionales en el exterior u otras hipótesis más amplias. Sin embargo la Comisión Internacional ha dejado zanjado en la legítima defensa otra forma por la que se excluye de responsabilidad a los Estados.

El siguiente numeral en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional es las contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito, según el artículo 22 dice: *“La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro”* (Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002)

Las contramedidas se refieren en particular a las represalias, acciones que serían ilícitas si no fuera por el hecho de que el estado contra el cual van dirigidas ha cometido

anteriormente contra el que toma la contramedida, un hecho también ilícito, es decir que se trata de una medida que invalida la obligación solo para el caso particular y también la exclusión de la ilicitud está dada por la conducta previa del otro sujeto.

En cuanto a la fuerza mayor y caso fortuito el artículo 23 del Proyecto de la Comisión lo define que son aplicables en la generalidad de los órdenes jurídicos internos; sin embargo, esas excepciones no son utilizadas siempre con la misma acepción por los gobiernos, por los jueces o por los árbitros internacionales, así como por diferentes tratadistas. A esto cabría agregar la multiplicidad de concepciones particulares correspondientes a los derechos nacionales de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional que la definen como:

1. *La ilicitud del hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a un caso de fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.*
 2. *El párrafo 1 no es aplicable si:*
 - a) *La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca;*
 - b) *El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.*
- (Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002).*

El peligro extremo (*distress*, *détresse*) según artículo 24 del Proyecto de la Comisión es cuando se refiere a la situación de necesidad en que se encuentra una entidad estatal, ya que la alternativa que se le presenta es la de violar una obligación internacional del estado que representa o en su defecto poner en peligro su propia vida o la de las personas confiadas a su cuidado, en virtud de esto la comisión dice:

1. *La ilicitud del hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado.*
 2. *El párrafo 1 no es aplicable si:*
 - a) *La situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca;*
 - b) *Es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor.*
- (Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002)*

En la práctica internacional se ha invocado y reconocido el peligro extremo como causa excluyente de la ilicitud de un hecho en casos que entrañaban la violación de la frontera de un estado. Por ejemplo, cuando el capitán de un buque de estado que se encuentra en situación de peligro a causa de una tempestad, busca refugio en un puerto extranjero sin autorización, o cuando el piloto de una aeronave de estado aterriza sin autorización en suelo extranjero para impedir una catástrofe, o la violación de una frontera terrestre para salvar una vida en peligro.

Finalmente en lo que respecta al estado de necesidad el artículo 25 del Proyecto señala que el estado de necesidad ocurre cuando un interés esencial del Estado se pone en peligro si ese estado intenta cumplir con cierta obligación internacional. Es decir que si, para proteger ese interés esencial viola la obligación, se dice que actúa en necesidad y por ende que su conducta está desprovista de ilicitud:

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

*2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad. El estado de necesidad se trata de un mecanismo jurídico imprescindible que existe en la mayor parte de los derechos nacionales destinado a evitar lo que el adagio latino describe como *summum jus, summa injuria*. (Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002)*

La necesidad en cuestión es una necesidad del estado, pues la situación grave de peligro que se aduce no es un riesgo para las personas físicas, cuyo comportamiento se atribuye al estado, sino un peligro grave para la propia existencia del estado, para su supervivencia política o económica, para preservar la posibilidad de funcionamiento de sus servicios esenciales, para el mantenimiento de su paz interna, para la supervivencia de una parte de su población, para la conservación ecológica de su territorio, o de una parte del mismo.

De esta forma hemos expuesto que el Proyecto de la Comisión de Derecho internacional entiende que un estado puede tomar medidas que rayan en actos ilícitos dentro de la legalidad la ética y la costumbre interna e internacional, sin embargo si se suscitaran algunas de estas actuaciones que el proyecto enumera ese estado podría excluirse de la indemnización de los daños que pudieran surgir como consecuencia de las conductas desprovistas de ilicitud, así lo predice el artículo 27 del proyecto que señala:

“La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de: a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir; b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión” (Resolución sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, 2002)

Las causales estudiadas en este acápite son las que generalmente se admiten en el derecho internacional actual, pero eso no significa que la enumeración del proyecto sea taxativa y excluyente de otras que puedan surgir en su proceso evolutivo, también hay que tener en claro que el resarcimiento del daño debe ser sujeto de análisis por tribunales de justicia especializados, de ahí que al proponer la compensación como medida de resarcimiento pueden surgir otras clases de exclusiones de los estados, pues se estaría proponiendo no solo la indemnización y el cumplimiento del daño ocasionado por un país que invoca el estado de necesidad.

2.4.3 Interés Esencial del Estado que Invoca Necesidad

Si se analiza a fondo el artículo 25 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sin duda que el ordenamiento jurídico y los organismos internacionales pusieron en claro las condiciones para que un Estado invoque tal necesidad, principalmente la condición básica es el haber actuado de una manera no conforme a una obligación internacional, en su defensa, para proteger un interés esencial del Estado.

Pero además de estas condiciones existen intereses esenciales que obligan a un país a invocar el estado de necesidad, según el tratadista Crawford: *“El interés esencial no puede hallarse en un contenido de manera previa pero tampoco es correcto limitar el interés únicamente a la existencia misma del Estado”*. (Crawford, 2004, pág. 281)

Esto quiere decir que el no poder formular el interés esencial en abstracto no se traduce en un desconocimiento sobre el significado del Art. 25, más bien significa que existen otras características que pueden considerarse como intereses esenciales para invocar el estado de necesidad. El tratadista Roberto Ago menciona algunos ejemplos de intereses esenciales en su octavo reporte, estos son:

“el peligro extremo de la vida del Estado en sí mismo, su supervivencia económica o política, el funcionamiento continuado de sus servicios esenciales, el mantenimiento de la paz interna, la preservación del medio ambiente de su territorio o una parte de éste, etc”. (Ago, 2005, pág. 2)

Estos ejemplos ilustran claramente las circunstancias extremas en la que se debe encontrar un Estado para que decida invocar la defensa de necesidad. No obstante, esto no significa de ninguna forma el igualar a la doctrina de necesidad con la idea de supervivencia misma del Estado. El mismo tratadista critica en su reporte la idea generalizada en el siglo XIX que establecía: *“La existencia de ciertos derechos fundamentales de los Estados situado dentro de este cúmulo de derechos básicos está el derecho a la existencia misma del estado o de manera más específica, a su supervivencia”.* (Ago, 2005, pág. 2)

Bajo esta premisa, lo que la doctrina de necesidad examina es la pugna entre dos derechos subjetivos pertenecientes a dos Estados distintos. La doctrina de necesidad entonces debe proteger al derecho más importante, es decir, al Estado cuya supervivencia se ve amenazada. Un ejemplo de esto fue: *“El caso de Russian Indemnity, cuyos hechos y razonamiento se ven situados cronológicamente a finales del siglo XIX. En este caso, el Gobierno del Imperio Otomano se defendió ante el reclamo de tardanza de sus pagos a Rusia aludiendo que se encontraba en medio de dificultades financieras de la mayor seriedad”.* (Russian Claim for interest on indemnities (Russia V. Turkey), 1912)

En base a este análisis se puede concluir que el interés que un estado tiene para invocar la necesidad ante organismos internacionales, radica en tener a mano un instrumento de última instancia, bajo la fundamentación de proteger la vida de un estado, que en consocia seria proteger la vida de los ciudadanos que conforman esa organización social.

Además si tomamos en cuenta las causas que originan que una nación cualquiera invoque el estado de necesidad, tendremos en claro que dentro del ordenamiento jurídico internacional se presenta como un instrumento que puede ser muy útil en esas

circunstancias, por lo que medidas como la indemnización y el cumplimiento de responsabilidad son medidas que protegen a los otros países de esta invocación, sin embargo si añadimos a estas medidas otro instituto como la compensación se estaría dando más garantías al convivir internacionalmente y se consolidaría la figura del estado de necesidad en el derecho internacional.

2.5 Definiciones de términos básicos

2.5.1 Conceptos

A continuación se presenta una lista de los principales términos que fueron de recurrente utilización en la investigación; sin que se constituyan en la totalidad, pero si en aquellos que son parte esencial para el entendimiento de los planteamientos centrales de este estudio.

CONSTITUCIÓN.- *Acto o decreto fundamental en que están determinados los derechos de una nación, la forma de su gobierno y la organización de los poderes públicos de que éste se compone.* (CABANELLAS, 2000, p. 345)

DEBIDO PROCESO.- *Es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le asegura la libertad y la seguridad jurídicas, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a Derecho.* (Zabala, 2002, p. 26)

ESTADO.- *El régimen de asociación humana más amplio y complejo de cuantos ha conocido la historia del hombre. Se caracteriza esencialmente por la ordenación jurídica y política de la sociedad.* (Borja, 2007, p. 4)

1) ESTADO DE NECESIDAD.- *El Estado de Necesidad es siempre una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad del comportamiento (y por ende del injusto), independientemente de que el bien sacrificado sea de menor o igual entidad jurídica que el salvado”* (Roldan, 1980, p. 472)

EXIMENTE. - Circunstancia que exime o libera de responsabilidad penal a un sujeto y en una determinada acción. (Cabanellas, 2000, p. 385)

INDEFENSIÓN. - Falta de defensa actual o permanente. Situación de la parte a quién se niegan en forma total o parcialmente los medios procesales en defensa, y de modo especial los de ser oída, y patrocinada por letrado. (Cabanellas, 2000, p. 432)

IMPARCIALIDAD. - Es el desinterés frente a las partes. Consideración equidistante y ecuánime. El interés y la iniquidad contraponen al concepto de imparcialidad. Las partes en litigio necesitan concordar los intereses en discordia y esto no puede obtenerse mediante la preponderancia de los puntos de vista de una de ellas. (Albaladejo, 2002, P. 165)

OBLIGACIÓN. - Vinculo jurídico que liga a dos o más personas, en virtud de las cuales una de ellas, el deudor, queda sujeta a realizar una prestación, un cierto comportamiento, a favor de la otra, el acreedor, para la satisfacción de un interés de éste, digno de protección. (Albaladejo, 2002, P. 165)

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS. - Es el conjunto de relaciones jurídicas que nacen en Derecho internacional público del hecho internacionalmente ilícito cometido por un Estado. Estas relaciones se dan entre el Estado infractor, por un lado, y el Estado perjudicado, una pluralidad de Estados o la comunidad internacional en su conjunto, por otro. (Crawford, 2004, p. 102)

VIOLACIÓN. - En el ámbito jurídico es la acción cuyo objetivo es quebrantar una ley o precepto. (Diccionario Enciclopédico Everest, 1980, p. 3006)

2.6 Hipótesis

2.6.1 Hipótesis General

La desprotección legal de los Estados cuando recurren al estado de necesidad para incumplir obligaciones internacionales podrá solucionarse con la implementación en el derecho internacional de la obligación de incluir en los Tratados Bilaterales de Inversión el Art. 25 del proyecto de responsabilidad de los Estados sobre hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional como mecanismo de exclusión de responsabilidad.

2.6.2 Hipótesis Específicas

La inclusión obligatoria del Art. 25 del proyecto sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversiones permitirá regular efectivamente los derechos de los contratantes.

Con la aplicación de sanciones a las partes que suscriban un tratado bilateral de inversión y no integren el Art. 25 del proyecto de responsabilidad de los Estados sobre hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional se evitara el desconocimiento de la doctrina del estado de necesidad.

2.7 Variables

2.7.1 Variable independiente

a) La desprotección legal de los Estados al recurrir al estado de necesidad para el incumplimiento de una obligación internacional.

2.7.2 Variables dependientes

a) Implementar la obligación de incluir el Art. 25 del proyecto de responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional en cualquier tipo de acuerdo internacional.

b) Incluir expresamente la figura de la compensación como método de resarcimiento del daño causado por el incumplimiento de una obligación internacional.

c) Determinar con exactitud los requisitos que permitirán la invocación del estado de necesidad como eximente de responsabilidad frente al incumplimiento de una obligación.

CAPÍTULO III

3. MARCO METODOLÓGICO

3.1 Modalidad básica de la investigación

La modalidad de investigación que se utilizó para obtener información sobre el trato que se le está dando al estado de necesidad, cuando es invocado por los Estados para justificar el incumplimiento de una obligación internacional, fue la documental la misma que se realizó apoyándose en fuentes contenidas en documentos de cualquier especie, es decir pueden ser bibliográficos, hemerográficos y archivísticos.

Los datos bibliográficos son aquellos que se logró obtener de la consulta de libros tanto de autores nacionales como internacionales, que de una u otra manera también se han inquietado por estudiar y esgrimir sus opiniones sobre el tema estudiado, de la misma forma se pudo localizar información en artículos, ensayos, revistas y periódicos, que han tocado el tema en virtud de los problemas que está causando a nivel mundial y finalmente en documentos que se encuentran en los archivos, como cartas, oficios, circulares, expedientes, etcétera.

Para complementar la información bibliográfica, también se utilizó una investigación de campo que fue aplicada a un sector de la población que se determinó a través de una fórmula matemática, puesto que existe la necesidad de establecer porque los Estados se encuentran desprotegidos cuando recurren a la figura del estado de necesidad para incumplir obligaciones internacionales contraídas previamente, razón por la cual es de vital importancia la opinión de expertos en Derecho Internacional consuetudinario, en Derecho Internacional de inversiones, de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores y por supuesto a los integrantes de la Procuraduría General del Estado quienes en conjunto nos proporcionaron datos de relevancia que posteriormente nos permitieron estructurar la propuesta de solución de la problemática identificada.

3.2 Nivel o Tipo de investigación

El Nivel de la Investigación se refiere al grado de profundidad con que se aborda el problema objeto de estudio, por lo tanto en función de este aspecto los tipos de investigación que se utilizaron en el presente estudio son:

La investigación descriptiva por medio de la cual se pudo obtener un panorama claro de la magnitud del problema que aqueja a la comunidad internacional, que se encuentra enfrascada en una gran polémica sobre la invocación del estado de necesidad por parte de los Estados cuando tienen que incumplir obligaciones previamente contraídas, permitiendo de la misma forma una jerarquización por grado de importancia de los rasgos del problema, la definición de juicios para sistematizar políticas o estrategias operativas, la ubicación de las variables que lo constituyen y finalmente se pudo plantear los lineamientos para contrastar las hipótesis.

De la misma forma para profundizar en el problema que está aquejando a la comunidad internacional que adolece de vacíos jurídicos sobre la utilización de la figura del estado de necesidad, se hizo necesario que se utilice la investigación explicativa que analiza las causas por las cuales se pretende su desconocimiento por parte de los perjudicados por incumplimiento de obligaciones internacionales, ilustrando su comportamiento presente y determinando las consecuencias que acarrearía a corto y mediano plazo.

3.3 Población y muestra

3.3.1 Población:

La investigación de campo que se aplicó en este estudio sobre el estado de necesidad en el ámbito del derecho internacional, fue realizada en una población de 500 personas las mismas que fueron escogidas de los profesionales del derecho internacional consuetudinario, de los expertos en derecho internacional de inversiones, así como también se recabó las opiniones de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores y por supuesto de los integrantes de la Procuraduría General del Estado de nuestro país, quienes en conjunto nos proporcionaron datos de vital importancia sobre la problemática investigada.

3.3.2 Muestra poblacional:

La muestra poblacional que se aplicó en esta investigación fue de tipo probabilística estratificada proporcional, partiendo del criterio de que todos y cada uno de los elementos de la población por ser parte del Estado tenemos la misma probabilidad de formar la muestra al quedar potencialmente abiertos a la posibilidad de ser afectados por los efectos del desconocimiento de la figura del estado de necesidad por parte de actores internacionales.

La muestra poblacional sobre la cual se trabajó para obtener los datos informativos de la problemática que está aquejando a la comunidad internacional, se determinó aplicando la siguiente fórmula:

$$n: \frac{N \cdot PQ}{K^2}$$

$$N - 1 \frac{E^2 + P \cdot Q}{K^2}$$

n= Número de personas de la muestra

P.Q= Varianza de la población: 0,25

N= Población (500)

E= Margen de error (0.09)

K²= Constante de corrección de error.

$$n = \frac{500 \cdot 0,25}{(2)^2} + \frac{499 \cdot (0,09)^2 + 0,25}{(2)^2}$$

$$\frac{499 \cdot 0.0081 + 0,25}{4} + \frac{4,04 + 0,25}{4}$$

$$1,01 + 0,25 = 1,26 \quad n = \frac{125}{1,26}$$

$$n = 99.20$$

El resultado de la muestra es de 100 personas a las cuales se estudiaran de la siguiente forma:

Cuadro 1
Aplicación de la muestra.

ESTRATO	NUMERO	PORCENTAJE
PROFESIONALES DE DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO	15	15.00%
EXPERTOS EN DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES	15	15.00%
FUNCIONARIOS DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES	35	35.00%
INTEGRANTES DE LA PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO	35	35.00%
TOTAL	100	100 %

Fuente: Freddy Alejandro Zurita Azuero

3.4 Matriz de Operacionalización de variables

Operacionalizar las variables dentro del proceso de investigación, es hacerlas tangibles, operativas, medibles y registrables en la realidad, llevándolas de un nivel abstracto a un plano más concreto, precisando el significado que se le otorga en un determinado estudio como el realizado en esta investigación.

Cuadro 2
Operacionalización de variables

VARIABLE DEPENDIENTE	DIMENSIÓN	INDICADOR	NÚMERO DE ITEM	TÉCNICA O INSTRUMENTO
La desprotección legal de los Estados al recurrir al estado de necesidad para el incumplimiento de una obligación internacional	Ámbito:	Estados de la	1	Ficha de observación
		Comunidad Internacional	2	
			3	
	Derecho Internacional consuetudinario	Proyecto de responsabilidad de los Estados de la Comisión de derecho internacional	4	Entrevista
			5	Encuesta
	Derecho Internacional de Inversiones	Tratados Bilaterales de protección de Inversiones	6	Testimonios Evidencias Jurisprudencia

	Doctrinario estado de necesidad			
VARIABLES INDEPENDIENTES	DIMENSIÓN	INDICADOR	NÚMERO DE ITEM	TÉCNICA O INSTRUMENTO
a) Implementar la obligación de incluir el Art. 25 del proyecto de responsabilidad de los Estados de la Comisión de derecho internacional en los acuerdos internacionales	<p>Ámbito:</p> <p>Derecho Internacional</p> <p>Doctrina estado de necesidad</p> <p>Doctrina sobre la eximencia de responsabilida d</p>	<p>Estados de la Comunidad Internacional</p> <p>Empresas nacionales de otros países</p> <p>Acuerdos Internacionales</p> <p>CIADI</p>	<p>1</p> <p>2</p> <p>3</p> <p>4</p> <p>5</p> <p>6</p>	<p>Ficha de observación</p> <p>Entrevista</p> <p>Encuesta</p> <p>Testimonios</p> <p>Evidencias</p> <p>Jurisprudencia</p>
b) Incluir expresamente la figura de la				

compensación como método de resarcimiento del daño causado por el incumplimiento de una obligación internacional	Ámbito:	Doctrinarios	1	Ficha de observación
			2	
			3	
			4	
			5	
			6	
c) Determinar con exactitud los requisitos que permitirán la invocación del estado de necesidad como eximente de responsabilidad frente al incumplimiento de una obligación	Derecho Internacional	Juristas		Entrevista
				Encuesta
				Testimonios
				Evidencias
	Principio universal de la reparación integral	Catedráticos		Jurisprudencia
	Doctrina sobre compensación	Especialistas en derecho internacional	1	Ficha de observación
			2	
			3	
			4	
			5	
		Documento de la ONU sobre la		

	<p>Ámbito:</p> <p>Derecho Internacional de inversiones</p> <p>Doctrina sobre las obligaciones internacionales</p> <p>Elementos doctrinarios que constituyen el estado de necesidad</p>	<p>responsabilidad de los estados en hechos internacionalmente ilícitos</p> <p>Asamblea general de la ONU</p> <p>Tratados bilaterales de inversiones</p>	6	<p>Entrevista</p> <p>Encuesta</p> <p>Testimonios</p> <p>Evidencias</p> <p>Jurisprudencia</p>
--	--	--	---	--

Fuente: Freddy Alejandro Zurita Azuero

3.5 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Las técnicas de Investigación, “*son las distintas maneras, formas o procedimientos utilizados por el investigador para recopilar u obtener los datos o la información que requiere. Constituyen el camino hacia el logro de los objetivos planteados para resolver el problema que se investiga.*” (Arias, 2006, p. 24)

En virtud de que este estudio se basó en la modalidad investigativa documental y de campo, se requirió la aplicación de las siguientes técnicas de estudio:

3.5.1 Técnicas de Gabinete.

Conjunto de requerimientos sistemáticos que pretenden aglutinar la información escogida y estudiada, en este sentido es parte esencial de ésta, la realización de fichas de ayuda memoria. El fichaje es una técnica auxiliar empleada en investigación científica; consiste en registrar los datos que se van obteniendo en los instrumentos llamados fichas, las cuales, debidamente elaboradas y ordenadas contienen la mayor parte de la información que se recopila, constituyéndose en una forma expedita de realizar la tarea de recolección de la información y permitiendo el ahorro de mucho tiempo, espacio y dinero. Bajo este contexto en la investigación se utilizó las siguientes fichas:

a) Fichas Mnemotécnicas.- Las fichas mnemotécnicas, son aquellas que sirven para recordar los aspectos más importantes del contenido de un libro, ensayo, proyecto, tesis, monografía, exposición, tratado, manual, texto investigativo, vademécum, compendio, sinopsis y síntesis, permitiendo almacenar conceptos, definiciones y comentarios desarrollados por investigadores y sobre un determinado tema de investigación.

Las fichas mnemotécnicas son los instrumentos por los cuales podemos hacer una cita textual o un resumen de la información que se encuentra en libros, ensayos, proyectos, tesis, monografías, exposiciones, tratados, manuales, textos investigativos, vademécum, compendios, sinopsis y síntesis, ayudando además a guardar los datos bibliográficos tanto de la obra como del autor, la página editorial, el año de edición y el número de página, que se constituirá en información que sustentará la fuente y así evitar el plagio.

b) Fichas Bibliográficas.- Es una ficha pequeña, destinada a anotar solo los datos de un libro o artículo que se ha consultado para obtener información, los mismos que serán de vital importancia en la redacción del informe final de una investigación puesto que en ellas se registran las fuentes encontradas en los catálogos de una biblioteca, en una bibliografía, en índices de publicaciones, etc., logrando ahorrar tiempo puesto que se sabe exactamente en qué obras y en que sitios se puede encontrar los datos que se necesitan.

Estas fichas también servirán para crear una base de datos sobre el universo de obras, textos, revistas, repertorio de jurisprudencia, páginas de internet, enciclopedias, diccionarios y de más fuentes de investigación que ha su momento formarán parte de la bibliografía.

c) Fichas Hemerográficas.- Son aquellas en las cuales se plasman la información que contienen los periódicos o revistas que se han consultado en un trabajo de investigación y cuyo tema se relaciona con el objetivo trazado por el investigador, dando cuenta de que el problema detectado afecta a una sociedad y es por eso que es recogida por medios de comunicación como estos.

3.5.2. Técnicas de campo

Consiste en obtener información y evidencias directamente en el terreno de los hechos donde se produce o reproducimos artificialmente el fenómeno o problema que investigamos, que se resumirá en la acción que se ejercerá entre quienes tienen un acercamiento directo con la materia, para tal efecto se utilizaran como instrumentos de recolección de la información, los siguientes:

a) Entrevistas.- La entrevista es una técnica en la que una persona (entrevistador) solicita información de otra o de un grupo de personas, para obtener datos sobre un problema determinado. Presupone, pues, la existencia al menos de dos personas y la posibilidad de interacción verbal.

Para el tema de esta investigación la entrevista se realizó entre los profesionales del derecho internacional consuetudinario y de inversiones que ejercen su profesión en el país, quienes, desde el punto de vista pragmático nos orientaron y aportaron con sus acertadas opiniones respecto del tema que se investiga.

b) Encuestas.- Este instrumento se utiliza para estudiar poblaciones mediante el análisis de muestras representativas a fin de explicar las variables de estudio y su frecuencia, para lo cual se empieza por el diseño de un cuestionario o de una cédula de entrevista elaborados para medir opiniones sobre eventos o hechos específicos, basados en una serie de preguntas.

En este cuestionario las preguntas son administradas por escrito a unidades de análisis numerosas, las mismas que nos darán una guía del impacto que ha producido en la sociedad el problema detectado e investigado, es decir la encuesta es un instrumento para indicar que el investigador no seguía por sus propias hipótesis y observaciones, sino que prefiere dejarse guiar por las opiniones, actitudes o distinciones del público para lograr ciertos conocimientos a partir de la exploración sistemática de lo que otras personas saben, sienten, profesan o creen.

c) Observación.- Es la acción de observar, de mirar detenidamente el comportamiento del fenómeno que se investiga, la misma que con el paso del tiempo va determinando la experiencia del investigador, quien experimenta sometiendo conductas de algunas cosas o condiciones a ciertos principios para llevar a cabo la observación y recopilar el conjunto de datos de la problemática estudiada.

Este instrumento también permite la examinación atenta de un fenómeno con el objetivo de guardar y cumplir con los condicionantes adecuados para un acercamiento de la realidad con los aspectos teóricos que se pretenden abordar, en todo caso la observación transmite o recibe un mensaje sobre la conducta de un problema que está siendo estudiado, permitiendo conocer la realidad mediante la percepción directa de los objetos y fenómenos.

3.5.3 Instrumentos

Los instrumentos que las técnicas de investigación utilizan, son de variada naturaleza, sin embargo para efectos de la recolección de la información sobre el tratamiento que se le está dando al estado de necesidad en el derecho internacional, fue necesario recurrir al formulario, el mismo que está compuesto o constituido por una serie de preguntas cerradas de opción múltiple de respuesta que están relacionadas con el tema investigado y que tienen la finalidad de buscar, adquirir, medir, observar y almacenar datos reproducibles y verificables.

3.5.3.1 Formulario del cuestionario

El formulario del cuestionario que constituye tanto la encuesta como la entrevista, debe contener una serie de preguntas o ítems respecto de las variables que intentamos analizar dentro de la investigación, en este sentido las preguntas que se van a introducir dentro de los formularios que utilizamos, son básicamente de dos tipos: cerradas y abiertas, las mismas que son definidas por el autor argentino Marcelo Gómez de la siguiente forma:

Las preguntas cerradas contienen categorías fijas de respuesta que han sido delimitadas, las respuestas incluyen dos posibilidades (dicotómicas) o incluir varias alternativas. Este tipo de preguntas permite facilitar previamente la codificación (valores numéricos) de las respuestas de los sujetos.

Las preguntas abiertas no delimitan de antemano las alternativas de respuesta, se utiliza cuando no se tiene información sobre las posibles respuestas. Estas preguntas no permiten precodificar las respuestas, la codificación se efectúa después que se tienen las respuestas. (Gómez, 2006, p. 127 y 128)

Es decir que este instrumento a través de las preguntas cerradas y abiertas nos permite recabar información sobre el tema investigado, tanto de los afectados como de los especialistas que han estudiado el fenómeno que está afectando a una comunidad internacional o local y al cual se pretende dar solución.

3.6 Procedimiento de la Investigación

Procedimiento es el conjunto de actividades encaminadas a conseguir un objetivo, es decir es todos y cada uno de los pasos para la obtención de la información en el desarrollo del tema estudiado, explicando las diferentes fases secuenciales que se utilizaron para desarrollar la investigación, comenzando por la ubicación de los elementos teóricos, siguiendo por la definición del contexto de estudio, hasta la construcción del corpus de reflexiones teóricas que sustentarán la propuesta de solución que se expondrá. Bajo este contexto el procedimiento implementado en esta investigación se dividió en algunas fases procedimentales que son:

1. Lectura Comprensiva.- Consistió en un proceso de revisión y búsqueda de información sobre tópicos, teorías, hipótesis y hechos característicos sobre el desconocimiento de la figura del estado de necesidad por parte de los afectados por el incumplimiento de obligaciones internacionales de los Estados.

En este caso, el análisis partió de los casos que fueron expuestos al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), cuyos expedientes contienen la información sobre la problemática estudiada, así también se recurrió a la doctrina plasmada en los libros sobre la figura del estado de necesidad y a todo tipo de documento que de alguna forma tocaba el tema investigado.

2. Lectura Intertextual-Comparativa.- Del material bibliográfico seleccionado para la búsqueda de la información necesaria para la estructuración de este trabajo, se procedió en primer lugar a organizar los conocimientos que nos proporcionan los postulados y teorías de autores e instituciones que han abordado la temática propuesta, bajo la modalidad de un proceso de análisis y síntesis que nos permite compararlos unos con otros, con la finalidad de alcanzar los objetivos del estudio planteado.

3. Relectura Crítico-Interpretativa.- Una vez realizada la lectura comprensiva y comparativa del material documental con el cual se trabajó en esta investigación, se procedió a la constitución de los argumentos jurídicos que sustenten nuestra posición ideológica desde la perspectiva crítico-interpretativa, con la intencionalidad de generar finalmente un aporte teórico y praxiológico, acerca del impacto que está causando el desconocimiento de la figura del estado de necesidad por parte de los acreedores de los incumplimientos de obligaciones de los Estados y su alcance en el contexto de estudio.

3.7 Procesamiento y análisis de la Información

El procesamiento y análisis de los datos obtenidos en la investigación será de tipo estadístico, con una interpretación cualitativa y cuantitativa que se realizarán a través de la aplicación de varias técnicas que nos permitan alcanzar las respuestas a las interrogantes planteadas en este estudio como lo indica el tratadista español Claire Selltiz cuando dice:

“El propósito del análisis es resumir las observaciones llevadas a cabo de forma tal que proporcionen respuesta a las interrogantes de la investigación. La interpretación, más que una operación distinta, es un aspecto especial del análisis su objetivo es buscar un significado más amplio a las respuestas mediante su trabazón con otros conocimientos disponibles que permitan la definición y clarificación de los conceptos y las relaciones entre éstos y los hechos materia de la investigación.” (Selltiz, 1970)

Bajo este contexto las técnicas para la determinación cuantitativa y cualitativa de los datos obtenidos en la investigación de campo aplicada mediante encuestas realizadas a funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores como de la Procuraduría General del Estado, así como de las entrevistas realizadas a abogados del derecho internacional consuetudinario y de inversiones, fueron las siguientes:

a) La Codificación.- Es una operación que se realiza previa a la tabulación, pero en función de esta, para asegurar un número co-relativo a cada una de la categorías que comprende el cuestionario o documento de observación, entrevista o encuesta aplicadas en la investigación de campo, es decir podremos organizar y ordenar los criterios, los datos y los ítems, de acuerdo al procedimiento de tabulación a emplearse y que nos permita la agrupación de los datos obtenidos.

En otras palabras es la traducción de cada respuesta del cuestionario o cada dimensión de los cuadro de observación, para posteriormente poder representarlas por indicadores numéricos (códigos) que facilitan la tabulación.

b) La Tabulación.- La labor estadística no es más que la reducción de los datos, mediante procedimientos de síntesis que resumen y simplifican la información a una expresión única, dependiendo de sus valores y atributos, lo cual permite el conocimiento eficaz y rápido de un numero estadístico de respuestas de igual magnitud o de diferente connotación, es decir esta técnica nos permitirá elaborar los cuadros estadísticos con los datos codificados utilizando la tabla de frecuencia y el análisis.

c) La Representación Estadística.- La representación de los resultados obtenidos tanto de la codificación como de la tabulación, se realizará mediante la utilización de cuadros, gráficos de barras, gráficos de pastel o circulares y finalmente se expondrá una

interpretación de los resultados y un pequeño análisis del porque las personas investigadas se inclinaron por una u otra respuesta.

CAPÍTULO IV

4. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

4.1 Formulario de la encuesta

ENCUESTA DIRIGIDA TANTO A FUNCIONARIOS DE LA PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO COMO DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES QUE TIENEN CONOCIMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA ESTUDIADA

Mi nombre es Freddy Alejandro Zurita Azuero y estoy participando en una investigación para la Universidad Central del Ecuador, es por eso que estoy interesado en conocer su opinión sobre el porqué actores internacionales pretenden desconocer la figura del estado de necesidad como excluyente de responsabilidad de los Estados cuando han tenido que incumplir obligaciones previamente adquiridas por salvaguardar intereses de mayor importancia. Su participación es importante para lograr este objetivo del estudio.

Los resultados que obtenga serán confidenciales, no necesita darme su nombre, ni datos personales. Esta encuesta no tiene ningún objetivo político solo académico. No hay respuestas correctas para las preguntas que le formularé, solo querernos conocer lo que usted piensa.

Señor (a) dígnese indicarme su opinión respecto a las siguientes preguntas:

1. ¿Sabe usted que es la figura jurídica del estado de necesidad?

SI () NO ()

2. ¿Conoce usted el concepto jurídico doctrinario del estado de necesidad en el derecho internacional?

SI () NO ()

3. ¿Está usted de acuerdo con el desconocimiento que pretenden actores internacionales de esta figura ante el incumplimiento de obligaciones contraídas por los Estados de la comunidad internacional?

SI () NO ()

4. ¿Cree usted que esta figura debe estar obligatoriamente presente dentro de los tratados bilaterales de inversiones?

SI () NO ()

5. ¿Cree usted que es positivo que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) siga administrando justicia en las demandas planteadas por los afectados por el incumplimiento de obligaciones de parte de los Estados sobre la base del estado de necesidad?

SI () NO ()

6. ¿Sabe usted si existe alguna normativa internacional que contenga y desarrolle la figura del estado de necesidad?

SI () NO ()

7. ¿Considera usted que los Estados de la comunidad internacional se encuentran en indefensión por la falta de normativa expresa sobre la aplicación de la figura del estado de necesidad?

SI () NO ()

8. ¿Cree usted que a pesar de la invocación del estado de necesidad para el incumplimiento de obligaciones internacionales previamente adquiridas, los daños ocasionados deben ser resarcidos?

SI () NO ()

9. ¿Según su criterio debería establecerse la figura jurídica de la compensación proporcional como método de solución del conflicto creado por el incumplimiento de obligaciones internacionales por parte de los Estados de la comunidad mundial?

SI () NO ()

10. ¿Considera usted necesario implementar reformas de la normativa internacional con el objetivo de reglamentar de forma expresa la forma de aplicación de la figura jurídica del estado de necesidad, especialmente en los tratados bilaterales de inversiones?

SI () NO ()

Gracias por su ayuda. . . .

4.2 Análisis e interpretación de resultados de la encuesta

1. ¿Sabe usted que es la figura jurídica del estado de necesidad?

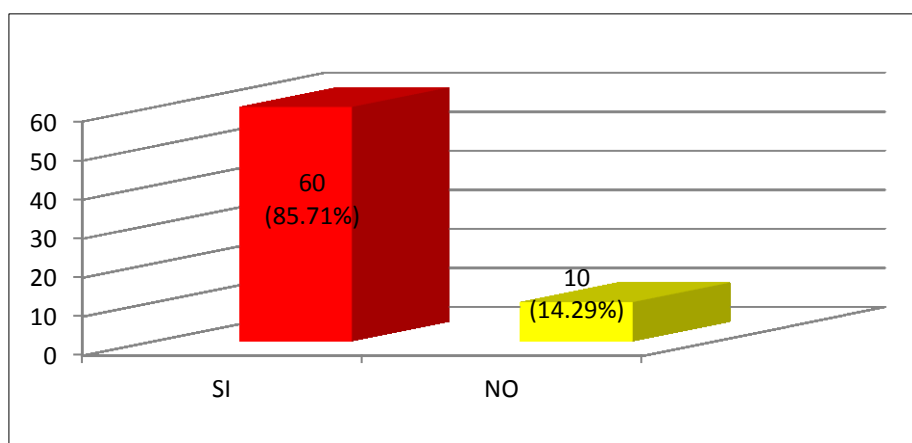
Tabla 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	60	85.71%
NO	10	14.29%
TOTAL	70	100%

Fuente: Encuesta realizada a 70 personas funcionarias del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Procuraduría General del Estado

Elaboración: Freddy Alejandro Zurita Azuero

Gráfico 1



Interpretación.- De los setenta funcionarios encuestados tanto del Ministerio de Relaciones Exteriores como de la Procuraduría General del Estado, la gran mayoría es decir 85.71% conocen la figura del estado de necesidad en el ámbito del derecho.

Análisis.- En la muestra investigada se observa que un grupo minoritario de los funcionarios de estas Carteras de Estado no saben sobre la figura del estado de necesidad, dejando abierta la puerta para que problemáticas como la investigada pueda sorprenderlos en algún momento.

2. ¿Conoce usted el concepto jurídico doctrinario del estado de necesidad en el derecho internacional?

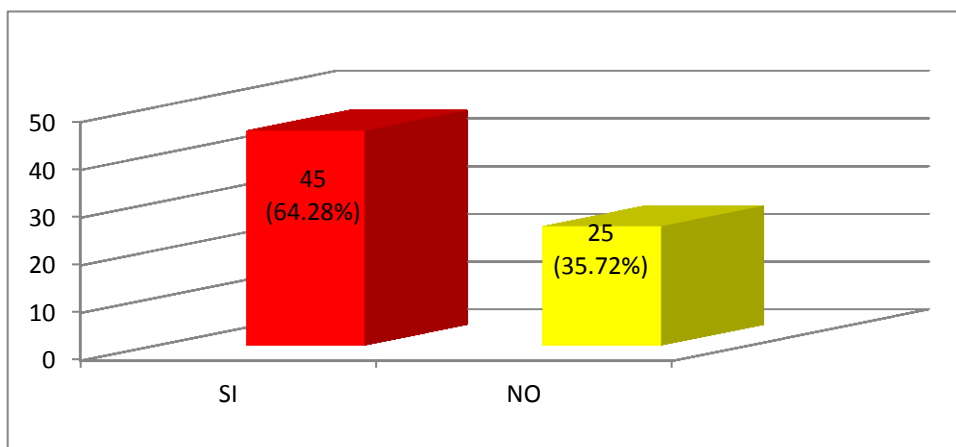
Tabla 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	45	64.28%
NO	25	35.72%
TOTAL	70	100%

Fuente: Encuesta realizada a 70 personas funcionarias del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Procuraduría General del Estado

Elaboración: Freddy Alejandro Zurita Azuero

Gráfico 2



Interpretación.- Del Universo de setenta funcionarios encuestados tan solo el 64.28% de ellos dice conocer el concepto jurídico doctrinario de la figura del estado de necesidad.

Análisis.- Preocupante el hecho de que en la anterior pregunta la gran mayoría contesto saber que es la figura del estado de necesidad, sin embargo más porcentaje de los encuestados desconoce el concepto jurídico doctrinario por lo tanto no estarían capacitados para un eventual manejo del mismo.

3. ¿Está usted de acuerdo con el desconocimiento que pretenden actores internacionales de esta figura ante el incumplimiento de obligaciones contraídas por los Estados de la comunidad internacional?

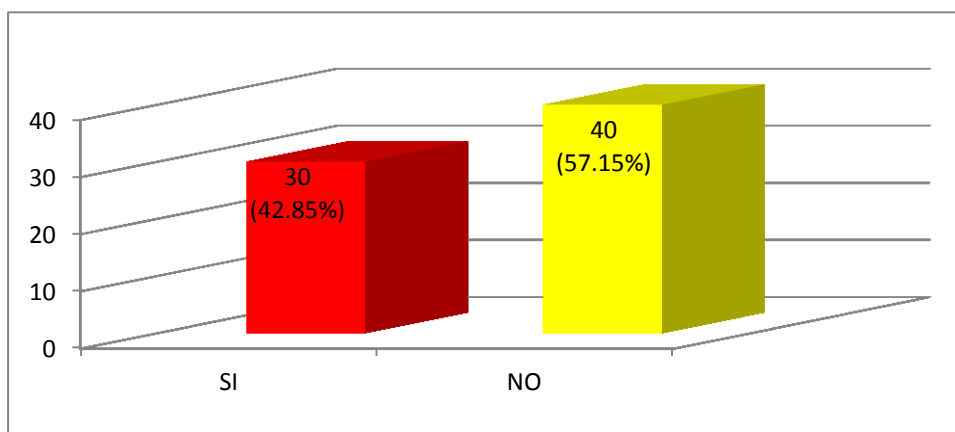
Tabla 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	42.85%
NO	40	57.15%
TOTAL	70	100%

Fuente: Encuesta realizada a 70 personas funcionarias del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Procuraduría General del Estado

Elaboración: Freddy Alejandro Zurita Azuero

Gráfico 3



Interpretación.- Casi la mitad es decir el 42.85% de los funcionarios encuestados están de acuerdo con el desconocimiento de la figura del estado de necesidad por actores internacionales.

Análisis.- No nos sorprende el resultado de esta pregunta de la encuesta, puesto que los funcionarios anteriormente contestaron que si conocían la figura del estado de necesidad, pero desconocían su concepto jurídico y es por esto que ahora están de acuerdo con su desconocimiento.

4. ¿Cree usted que esta figura debe estar obligatoriamente presente dentro de los tratados bilaterales de inversiones?

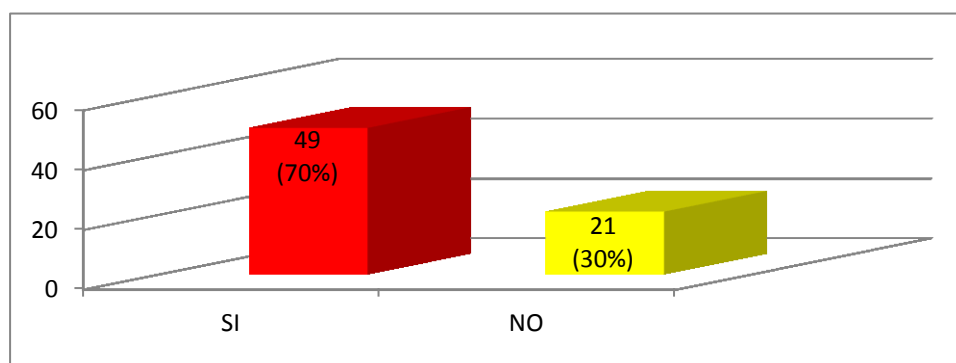
Tabla 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	49	70%
NO	21	30%
TOTAL	70	100%

Fuente: Encuesta realizada a 70 personas funcionarias del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Procuraduría General del Estado

Elaboración: Freddy Alejandro Zurita Azuero

Gráfico 4



Interpretación.- Un buen porcentaje que asciende al 70% de funcionarios encuestados, respondió que sí debería estar presente la figura del estado de necesidad en los tratados bilaterales de inversiones.

Análisis.- Las respuestas hasta el momento de todos los encuestados nos dejan visualizar algunas ambigüedades, puesto anteriormente un buen porcentaje estaban de acuerdo con el desconocimiento de esta figura sin embargo estas mismas personas creen que debería establecerse en los tratados bilaterales de inversiones, la pregunta es ¿con que objetivo? Para que sea desconocida.

5. ¿Cree usted que es positivo que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) siga administrando justicia en las demandas planteadas por los afectados por el incumplimiento de obligaciones de parte de los Estados sobre la base del estado de necesidad?

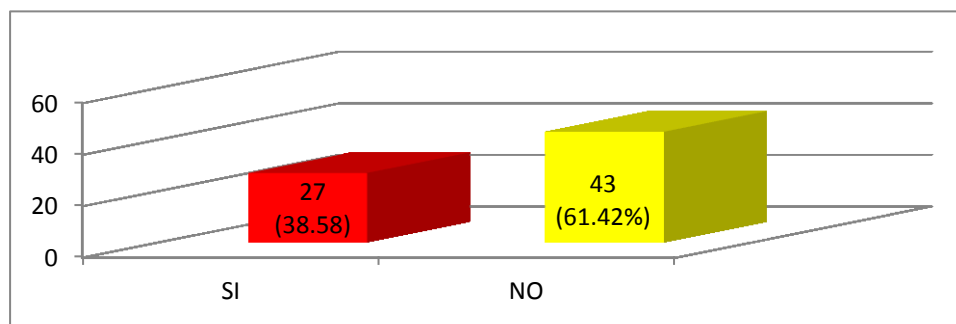
Tabla 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	38.58%
NO	43	61.42%
TOTAL	70	100%

Fuente: Encuesta realizada a 70 personas funcionarias del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Procuraduría General del Estado

Elaboración: Freddy Alejandro Zurita Azuero

Gráfico 5



Interpretación.- Más de la mitad de los encuestados, es decir el 61.42% considera que no es positivo que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) administre justicia en casos sobre incumplimiento de obligaciones sobre la base del estado de necesidad.

Análisis.- El argumento de los cuarenta y tres encuestados que se oponen a que el CIADI imparta justicia sobre este tema, es que no hay institucionalidad en este organismo porque esta manejado por grandes capitalistas.

6. ¿Sabe usted si existe alguna normativa internacional que contenga y desarrolle la figura del estado de necesidad?

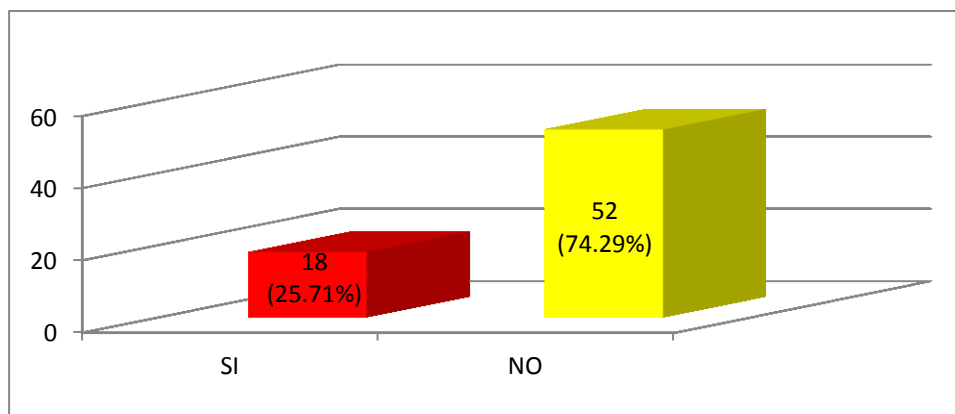
Tabla 6

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	18	25.71%
NO	52	74.29%
TOTAL	70	100%

Fuente: Encuesta realizada a 70 personas funcionarias del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Procuraduría General del Estado

Elaboración: Freddy Alejandro Zurita Azuero

Gráfico 6



Interpretación.- La gran mayoría de funcionarios encuestados que equivalen al 74.29%, desconocen si existe una normativa internacional que contenga la figura del estado de necesidad.

Análisis.- Es evidente que la figura del estado de necesidad en el derecho internacional es poco conocida entre los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Procuraduría General del Estado, dando cuenta del porque varios de ellos estuvieron de acuerdo con su desconocimiento por actores internacionales.

7. ¿Considera usted que los Estados de la comunidad internacional se encuentran en indefensión por la falta de normativa expresa sobre la aplicación de la figura del estado de necesidad?

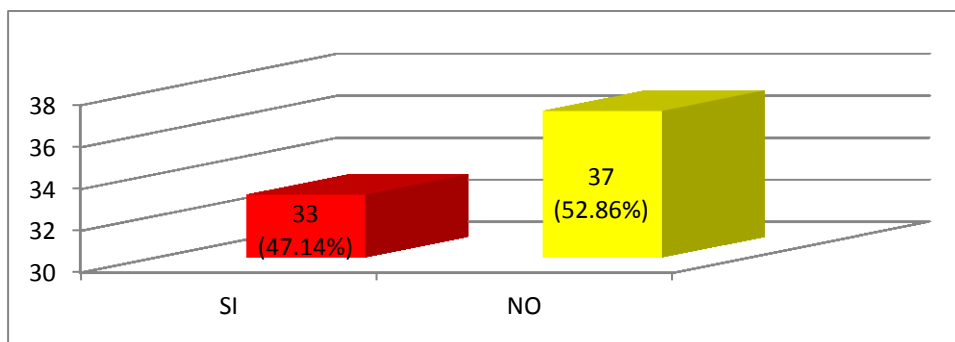
Tabla 7

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	33	47.14%
NO	37	52.86%
TOTAL	70	100%

Fuente: Encuesta realizada a 70 personas funcionarias del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Procuraduría General del Estado

Elaboración: Freddy Alejandro Zurita Azuero

Gráfico 7



Interpretación.- Tan solo un poco más de la mitad de los encuestados, es decir el 52.86% consideran que los estados no están en indefensión por la falta de normativa expresa sobre el estado de necesidad.

Análisis.- La base para la respuesta de esta pregunta, parte de que los encuestados consideran que el estado de necesidad es un principio de derecho internacional y que no necesita estar expreso en una normativa para su aplicación y reconocimiento.

8. ¿Cree usted que a pesar de la invocación del estado de necesidad para el incumplimiento de obligaciones internacionales previamente adquiridas, los daños ocasionados deben ser resarcidos?

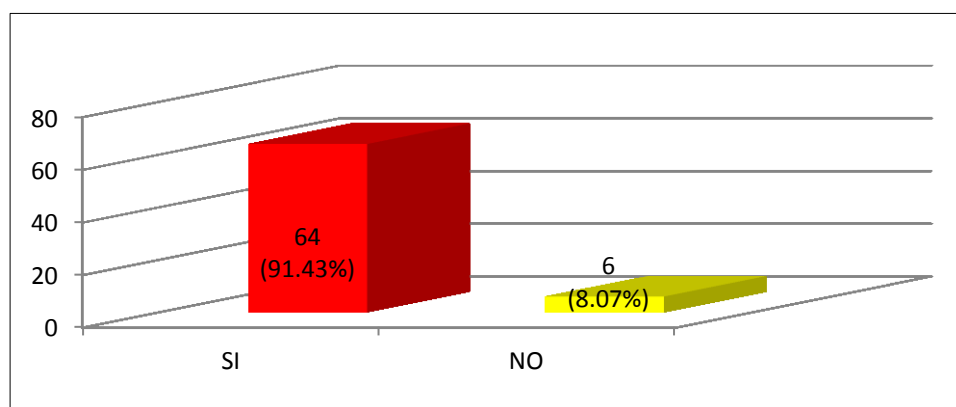
Tabla 8

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	64	91.43%%
NO	6	8.07%
TOTAL	70	100%

Fuente: Encuesta realizada a 70 personas funcionarias del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Procuraduría General del Estado

Elaboración: Freddy Alejandro Zurita Azuero

Gráfico 8



Interpretación.- Esta respuesta obtuvo casi unanimidad de coincidencia, pues el 91.43% de encuestados cree que los daños que se deriven de incumplimiento de obligaciones deben ser resarcidas.

Análisis.- Los encuestados que en gran mayoría se pronunciaron por el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de obligaciones, lo hicieron invocando el principio universal de la reparación integral.

9. ¿Según su criterio debería establecerse la figura jurídica de la compensación proporcional como método de solución del conflicto creado por el incumplimiento de obligaciones internacionales por parte de los Estados de la comunidad mundial?

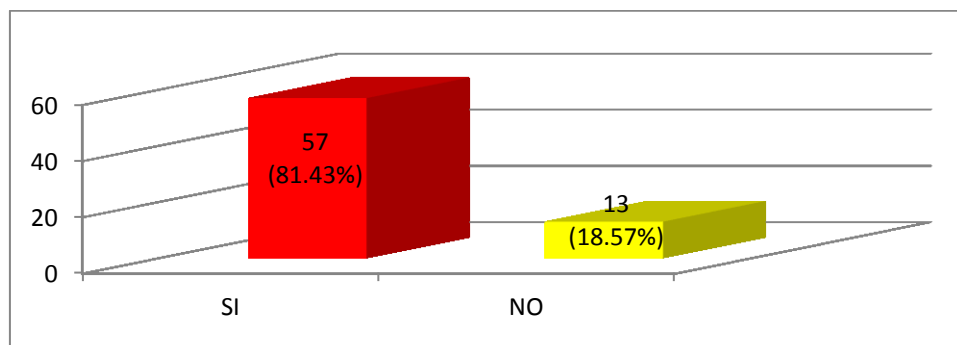
Tabla 9

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	57	81.43%
NO	13	18.57%
TOTAL	70	100%

Fuente: Encuesta realizada a 70 personas funcionarias del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Procuraduría General del Estado

Elaboración: Freddy Alejandro Zurita Azuero

Gráfico 9



Interpretación.- Del universo de funcionarios encuestados, el 81.43% considera que la compensación debe ser el método para resolver los daños ocasionados por los incumplimientos de obligaciones.

Análisis.- En virtud de la unanimidad de opinión sobre el resarcimiento de daños, también la mayoría de los encuestados considera que la compensación puede ser un gran método de solución ante el conflicto que se crea por el incumplimiento.

10. ¿Considera usted necesario implementar reformas de la normativa internacional con el objetivo de reglamentar de forma expresa la forma de aplicación de la figura jurídica del estado de necesidad, especialmente en los tratados bilaterales de inversiones?

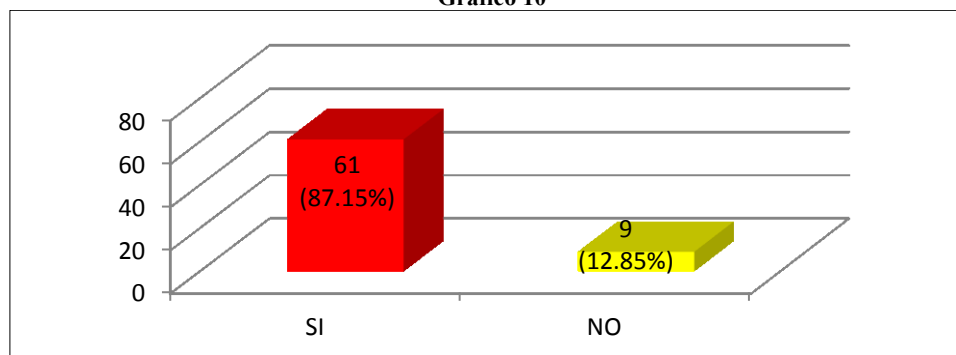
Tabla 10

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	61	87.15%
NO	9	12.85%
TOTAL	70	100%

Fuente: Encuesta realizada a 70 personas funcionarias del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Procuraduría General del Estado

Elaboración: Freddy Alejandro Zurita Azuero

Gráfico 10



Interpretación.- En un porcentaje del 87.15%, los encuestados se pronunciaron a favor de que debe operar una reforma en la normativa internacional que determine al estado de necesidad como una forma de exclusión de responsabilidad ante un incumplimiento de obligaciones.

Análisis.- Evidentemente el estado de necesidad debe ser regulado por una normativa específica en cuanto a su aplicación y alcance jurídico, para evitar que los afectados por incumplimientos de obligaciones busquen millonarias indemnizaciones.

4.3 Formulario de la entrevista

ENTREVISTA APLICADA A PROFESIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO Y DE INVERSIONES

Mi nombre es Freddy Alejandro Zurita Azuero y estoy participando en un estudio para la Universidad Central del Ecuador, estoy interesado en conocer su opinión que como profesional del derecho internacional le merecen, el pretendido desconocimiento de la figura del estado de necesidad por parte de los perjudicados por el incumplimiento de obligaciones internacionales de los Estados en virtud de salvaguardar intereses de mayor importancia.

Doctor su participación es importante pues de sus respuestas podremos extraer los argumentos jurídicos para sustentar nuestra propuesta de solución a la problemática identificada y así lograr el objetivo de esta investigación que es darle la verdadera connotación jurídica que merece la figura del estado de necesidad dentro del derecho internacional.

Doctor (a) dígnese indicarme su opinión profesional respecto a las siguientes preguntas:

1. Doctor (a) dígnese indicarme qué opinión le merece las intenciones de actores internacionales de desconocer la figura del estado de necesidad cuando ha sido invocada por algún Estado para incumplir con una obligación internacional previamente adquirida y en salvaguarda de un interés de mayor importancia.

Respuesta:.....

2. Doctor (a) desde su óptica profesional cree usted que la figura del estado de necesidad en el derecho internacional está siendo desconocida por los vacíos jurídicos en la normativa o por intereses con ánimos de lucro por parte de los afectados por incumplimiento de obligaciones.

Respuesta:....

3. Doctor (a) según su experiencia profesional cree usted que la normativa constante en la Resolución sobre responsabilidad de los Estados sobre hechos internacionalmente ilícitos desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas debe extender su alcance y universalizarse.

Respuesta:.....

4. Doctor (a) desde su óptica profesional y sobre la base de los daños que ocasionan los incumplimientos de obligaciones internacionales cree usted que sería un gran método de solución al conflicto creado la aplicación de la figura de la compensación.

Respuesta:....

5. Doctor (a) usted como profesional del derecho internacional cual sería la solución que plantearía para evitar que los afectados por incumplimientos de obligaciones pretendan millonarias indemnizaciones a través de demandas presentadas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), al desconocer la figura del estado de necesidad.

Respuesta:.....

4.4 Análisis e interpretación de resultados de la entrevista

Debido a lo complejo que resulta realizar una tabulación y representación gráfica sobre las entrevistas realizadas en esta investigación, por su singular forma de recabar opiniones tan diversas, se ha establecido convenientemente realizar una selección de las opiniones más relevantes con respecto al tema estudiado, es decir que en cada pregunta distinguiremos la respuesta más preponderante de los profesionales entrevistados.

1. Doctor (a) dígnese indicarme qué opinión le merece las intenciones de actores internacionales de desconocer la figura del estado de necesidad cuando ha sido invocada por algún Estado para incumplir con una obligación internacional previamente adquirida y en salvaguarda de un interés de mayor importancia.

Respuesta: Del Dr. Raúl Izurieta Mora Bowen del Estudio Izurieta Mora Abogados en Quito.

La eterna lucha del socialismo y capitalismo se vuelve a reflejar en este tipo de eventos puesto que los actores que desconocen el principio jurídico de derecho internacional del estado de necesidad, son grandes capitalistas que poco les importa las motivaciones de un Estado basadas en la salvaguarda de un conglomerado social, solo responden a sus ansias de lucro desmedido por encima de quien sea y de lo que sea, es por esto que una vez más también sale a colación el eterno problema del derecho internacional y su falta coercibilidad.

2. Doctor (a) desde su óptica profesional cree usted que la figura del estado de necesidad en el derecho internacional está siendo desconocida por los vacíos jurídicos en la normativa o por intereses con ánimos de lucro por parte de los afectados por incumplimiento de obligaciones.

Respuesta: Del Dr. Hernán Calisto Moncayo de Legiscorp Abogados en Quito

En realidad el problema se está dando por los dos aspectos, puesto que si revisamos con detenimiento la legislación internacional podremos darnos cuenta fácilmente de que no existe normativa que contenga específicamente el estado de necesidad a excepción del proyecto de responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el mismo que fue aprobado por la Asamblea General y que incluso se está aplicando por los tribunales internacionales de justicia pero que aún no es reconocido como un instrumento internacional y por otro lado obviamente esta la voracidad desmedida de lucro de los supuestos afectados por incumplimiento de obligaciones quienes se aprovechan de los vacíos jurídicos para obtener réditos millonarios como indemnización.

3. Doctor (a) según su experiencia profesional cree usted que la normativa constante en el documento sobre responsabilidad de los Estados sobre hechos internacionalmente ilícitos desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas debe extender su alcance y universalizarse.

Respuesta: Del Dr. Patricio del Pozo Michelena del Buffete de Abogados del Pozo de la ciudad de Quito

Este tema sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, se viene discutiendo en el seno de la comunidad internacional desde el término de la segunda guerra mundial y a más de medio siglo después aún no se ha logrado promulgar un tratado o convención que regule este fenómeno efectivamente, en este sentido es imperioso que se universalice el proyecto desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en virtud de que ya está siendo aplicado por algunos órganos jurisdiccionales.

4. Doctor (a) desde su óptica profesional y sobre la base de los daños que ocasionan los incumplimientos de obligaciones internacionales cree usted que sería un gran método de solución al conflicto creado la aplicación de la figura de la compensación.

Respuesta: Del Dr. Miguel Andrade Cevallos de Andrade y Andrade Abogados de la ciudad de Quito

Esta figura contiene bondades infinitas de aplicación pero para que opere debe existir acuerdo entre las partes o bien mandato de un órgano jurisdiccional que determine los lineamientos a seguir para su perfección, en tal virtud sería de gran utilidad a la hora de solucionar el conflicto que se crea cuando un Estado incumple una obligación internacional, pues aunque invoque algún método de justificación el daño se hará presente de todas maneras y este debe ser resarcido, por lo tanto compensar al afectado permitiría que se limen sus asperezas e incluso continúen con el acuerdo inicial o bien estipulen nuevos términos.

5. Doctor (a) usted como profesional del derecho internacional cual sería la solución que plantearía para evitar que los afectados por incumplimientos de obligaciones pretendan millonarias indemnizaciones a través de demandas presentadas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), al desconocer la figura del estado de necesidad.

Respuesta: Del Dr. Alejandro Ponce Villacis del estudio jurídico Quevedo & Ponce de la ciudad de Quito

Uno de los principios universales del derecho es la seguridad jurídica en la que deben desenvolverse los integrantes de una comunidad, bajo esta premisa la figura del estado de necesidad adolece de un sustento jurídico real que permite el desconocimiento intencional de actores internacionales afectados por incumplimientos de obligaciones de parte de los Estados, por lo tanto debe estar redactada en algún instrumento internacional que limite las intenciones de los afectados de recurrir al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en la búsqueda de la declaración de un derecho sobre la vulneración de un principio universal de derecho pero poco desarrollado y por tanto vulnerable como lo es el estado de necesidad.

4.5 Conclusiones

- La responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos es un tema que se ha discutido dentro de la comunidad internacional por algunas décadas y hasta el momento no se ha logrado consensuar en un instrumento jurídico de derecho internacional que regule efectivamente esta circunstancia.
- La Asamblea General de las Naciones Unidas pese a haber creado la Comisión de Derecho Internacional y encargarle la investigación jurídica del tema relacionado, hasta la actualidad no se ha consensuado sobre dotarle a este documento de personalidad jurídica como Tratado o Convención.
- A pesar de que la Resolución sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos aun no es reconocido por los integrantes de la comunidad internacional, en la práctica los órganos jurisdiccionales internacionales están haciendo uso de su articulado para impartir justicia en los casos que son presentados a su conocimiento.
- Con el objetivo de fomentar la inversión extranjera y de proteger a los inversionistas se crearon e implementaron los Tratados Bilaterales de Inversiones, los mismos que permiten judicializar internacionalmente las obligaciones contraídas por las partes suscribientes.
- La figura del estado de necesidad es generalmente utilizada dentro del Derecho Internacional Penal, pero esto no quiere decir que no sea un principio de aplicación universal que pueda ser invocado por ejemplo cuando existen incumplimientos de obligaciones internacionales de parte de los Estados, con la finalidad de salvaguardar bienes jurídicos de mayor importancia.
- Actores internacionales que han suscrito Tratados Bilaterales de Inversión con Estados desconocen la figura del estado de necesidad invocada para el incumplimiento de una obligación y exponen su queja ante el Centro Internacional

de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), reclamando millonarias indemnizaciones.

- Los argumentos que exponen los actores internacionales para desconocer la figura del estado de necesidad, es que no consta de forma expresa dentro del Tratado Bilateral de Inversión suscrito como causa de justificación para un incumplimiento, por lo tanto la parte afectada no está obligada a aceptarlo.
- La Resolución sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, contiene en su redacción el estado de necesidad en donde se determinan las circunstancias que permiten su constitución, sin embargo no se menciona nada sobre su aplicación dentro de los Tratados Bilaterales de Inversiones.
- Todo Estado que invoque el estado de necesidad como causa de justificación del cumplimiento de una obligación internacional, causa daños que deben ser reparados integralmente, en este sentido existen varios mecanismos pero dentro de estos no está contemplada la figura de la compensación en proporción con el daño causado.

4.6 Recomendaciones

- La Asamblea General de las Naciones Unidas dentro de sus sesiones debe acoger la instrumentalización jurídica de la Resolución del Tema 162 del programa 01 47800 aprobado por la Asamblea General sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, para su efectiva aplicación en el Derecho Internacional.
- La Asamblea General de las Naciones Unidas debe realizar el requerimiento a los Estados de su pronunciamiento respecto del texto del documento sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, con la finalidad de atender cualquier sugerencia de cambio y de esta forma terminar de perfeccionar este instrumento para su reconocimiento y aplicación en el marco jurídico internacional.
- Para evitar la práctica consuetudinaria de la aplicación del articulado del documento sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos por parte de los órganos jurisdiccionales internacionales, se lo debe constituir como tratado o convención con legalidad jurídica.
- Los Tratados Bilaterales de Inversiones deben ser redactados en estricto apego a las normas internacionales del derecho, en este sentido no se puede permitir la imposición de cláusulas abusivas dentro de ellos que intenten limitar los derechos de cualquiera de las partes suscribientes.
- La figura del estado de necesidad debe estar presente en la redacción de un instrumento de aplicación internacional, que deberá contener sus requisitos de constitución, las formas de invocación y las prohibiciones en ciertos casos, con la finalidad de evitar su desconocimiento cuando se lo quiere utilizar.
- El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), debe solicitar a la Asamblea General de las Naciones Unidas que eleve con carácter de TRATADO O CONVENIO INTERNACIONAL, la Resolución del

Tema 162 del programa 01 47800 aprobado por la Asamblea General sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, para así evitar la carga masiva de causas que tiene que resolver sobre los conflictos creados por incumplimientos basados en el estado de necesidad.

- Para evitar que se pretexe que el estado de necesidad no consta dentro de los Tratados Bilaterales de Inversiones, se debe propiciar una reforma al Art. 25 del documento sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos previo a su aprobación definitiva, en el cual conste que es una obligación para los suscriptores de estos convenios el incluir este artículo como causal de justificación en caso de incumplimientos.
- Dentro de la redacción del documento sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, también debe incluirse la figura de la compensación proporcional como uno más de los métodos de reparación integral de los daños causados por los incumplimientos presentados.

CAPÍTULO V

5. PROPUESTA

5.1 Tema

PROPUESTA DE REFORMA NORMATIVA DEL DOCUMENTO SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS DESARROLLADO POR LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS

5.2 Antecedentes de la propuesta

En virtud de que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), ha tenido que entrar a conocer conflictos jurídicos nacidos del incumplimiento de obligaciones internacionales por parte de los Estados que han suscrito Tratados Bilaterales de Inversiones con otros actores internacionales, sobre la base del desconocimiento de la figura del estado de necesidad que no consta de manera expresa ni en los convenios realizados ni en normativa internacional específica que este reconocida e instrumentalizada jurídicamente, se ha creado la necesidad corregir esta falencia para evitar inconvenientes entre contratantes.

En este sentido la Comisión de Derecho Internacional, por encargo de la Asamblea General de las Naciones Unidas desarrolló el proyecto de responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, el mismo que se preocupó de contextualizar la figura del estado de necesidad en su Art. 25, sin embargo no se determina dentro del mismo su presencia en los Tratados Bilaterales de Inversiones, por lo tanto es imperante una reforma normativa para subsanar este inconveniente.

5.3 Justificación

Si no se inserta dentro de la redacción del documento sobre responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos de las Naciones Unidas una reforma que extienda su alcance normativo hasta los Tratados Bilaterales de Inversiones, seguirá

permitiéndose que actores internacionales afectados por el incumplimiento de obligaciones internacionales por parte de los Estados, desconozcan la figura del estado de necesidad que ha sido invocada como causal de justificación.

Estos conflictos nacen de la inseguridad jurídica que se vive dentro del Derecho Internacional al no contar con una legislación que determine la forma y los casos de aplicación de la figura del estado de necesidad, con respecto a las relaciones que se establecen a través de los Tratados Bilaterales de Inversiones, desembocando en litigios jurídicos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), por lo tanto es importante poner en claro las reglas que deben respetar y seguir los contratantes.

5.4 Objetivos

5.4.1 Objetivo General

Implementar la obligación expresa para las partes contratantes de Tratados Bilaterales de Inversiones de reconocer como causa de justificación para incumplimiento de obligaciones el Art. 25 del documento sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de las Naciones Unidas.

5.4.2 Objetivos Específicos

- Elaborar un proyecto de Ley reformativo del Art. 25 de la Resolución sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos para ser presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Incluir dentro de las reformas a presentarse la obligación de que los suscriptores de Tratados Bilaterales de Inversiones inserten el Art. 25 de la Resolución sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de las Naciones Unidas como eximente de responsabilidad y la figura de la compensación como método de solución del conflicto que crea el incumplimiento de una obligación internacional.

5.5 Beneficiarios

5.5.1 Beneficiarios Directos

Al incluir la obligación de reconocer la figura del estado de necesidad como causa de justificación ante un eventual incumplimiento de obligaciones internacionales por parte de los Estados, son precisamente estos los beneficiados directos puesto que ya no estarán expuestos a litigios ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el reclamo de millonarias indemnizaciones que pueden poner en peligro su estabilidad económica y que termine siendo el remedio peor que la enfermedad.

5.5.2 Beneficiarios Indirectos

Al no permitir que se generen conflictos en virtud de que la figura del estado de necesidad constará expresamente dentro de los Tratados Bilaterales de Inversiones como causa de justificación ante incumplimientos de parte de los Estados, es beneficiario indirecto el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), puesto que no se aumentará la carga de causas a resolver y menos por estas razones.

5.6 Plan Operativo de la propuesta

Cuadro 3

Plan Operativo de la propuesta.

INDICADOR	SITUACIÓN ACTUAL	RESULTADOS ESPERADOS	ACTIVIDADES	RESPONSABLES
Propuesta de reforma normativa de la Resolución sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas	El único documento que contiene de forma expresa la figura del estado de necesidad es el de Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de las Naciones Unidas, pero este no se refiere a los Tratados Bilaterales de Inversiones	Proporcionar una normativa internacional clara y aplicable al momento de suscribir tratados bilaterales de Inversiones en donde conste la obligación de reconocer al estado de necesidad como causa de exclusión de responsabilidad por incumplimientos	Estructuración de un proyecto de ley que contenga reformas puntuales sobre el estado de necesidad y la compensación dentro de la Resolución sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos	Un grupo de especialistas conformado por profesionales del Derecho Internacional, por expertos en Tratados Bilaterales de Inversiones, por Catedráticos y funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Procuraduría General del Estado

Fuente: Freddy Alejandro Zurita Azuero

5.7 Descripción de la Propuesta

DOCUMENTO REFORMATARIO DE LA RESOLUCIÓN DEL TEMA 162 DEL PROGRAMA 01 47800 APROBADO POR LA ASAMBLEA GENERAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS, DESARROLLADO POR LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS.

El Pleno de la Asamblea General de las Naciones Unidas,

Habiendo examinado el capítulo V de las circunstancias que excluyen de ilicitud los hechos realizados por los Estados y que consta dentro del informe de la Comisión de Derecho Internacional que contiene el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, se ha detectado que el Art. 25 que se refiere al estado de necesidad no tiene alcance normativo sobre los Tratados Bilaterales de Inversiones.

Observando que desde la recomendación que hiciera la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General de tomar nota del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en una resolución y se incluyera el proyecto de artículos como anexo de esa resolución, para estudiar la posibilidad de convocar a una conferencia internacional de plenipotenciarios para examinar el proyecto de artículos con miras a concertar una convención sobre el tema y que la misma aún no se ha llevado a cabo.

Destacando la importancia permanente de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, como se menciona en el apartado a) del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas,

Observando que el tema de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos reviste gran importancia en las relaciones entre los Estados y que al suscitarse conflictos deben ser resueltos por la vía pacífica y en uso de los métodos de reparación integral entre ellos el de compensación que al revisar los artículos del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, no consta dentro de su redacción.

Observando que los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, presentados por la Comisión de Derecho Internacional, necesitan de reformas que garanticen su alcance normativo universal y que las mismas al ser implementadas deberán ser señaladas a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro tipo de medida, según corresponda;

Decide incluir en el programa del período de sesiones para su aprobación un tema titulado “Reformas de la Resolución del Tema 162 del programa 01 47800 aprobado por la Asamblea General sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos” con el siguiente articulado:

Art. 1. Incorpórese en la primera parte que habla del hecho internacionalmente ilícito, en el capítulo V que trata de las circunstancias que excluyen de ilicitud, en el Art. 25 que contiene la figura del estado de necesidad, una nueva redacción a continuación del último numeral del artículo mencionado con el siguiente texto:

3. Las disposiciones constantes en los numerales uno y dos de este artículo deberán constar de forma obligatoria en la redacción de los Tratados Bilaterales de Inversiones como causas de justificación ante la eventual presencia de un incumplimiento de obligaciones por cualquiera de las partes contratantes.

4. La inobservancia de esta disposición dará lugar a que los contratantes sean sancionados con multa equivalente al dos por ciento del valor de la contratación o su estimado, que será cancelada en la sede de la Asamblea General de las Naciones Unidas previo al acceso al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), para dirimir las controversias que se deriven del Tratado Bilateral de Inversiones infractor.

Art. 2. Incorpórese en la segunda parte de la Resolución, que habla del contenido de la responsabilidad internacional del Estado, en el capítulo II que trata de la reparación del perjuicio, a continuación del Art. 37, un nuevo artículo con el siguiente texto:

Art. 37.1

Compensación

1. El estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a compensar proporcionalmente al perjuicio causado.
2. La compensación en los conflictos que se derivan de los Tratados Bilaterales de Inversiones deberá aplicarse en primer término sobre los demás mecanismos de reparación, solo en caso de no proceder por algún motivo se determinará otro sistema a seguir para que opere la reparación integral del perjuicio causado.

BIBLIOGRAFÍA

1. *Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. (2007). New York: ONU.
2. *Constitucion de la Republica del Ecuador*. (2008). Quito-Ecuador: Cooperación de Estudios y Publicaciones.
3. *Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Quito-Ecuador: Cooperacion de Estudios y Publicaciones.
4. Ago, R. (2005). *Addendum - Eighth report on State responsibility*. New York.
5. Anaya, J. (2008). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos*. New York: ACNUR.
6. Andrade, K. (2011). *Gobernanza ambiental en Bolivia y Perú: tres dimensiones de gobernanza; recursos naturales, conservación en áreas protegidas y comunidades indígenas*. Quito - Ecuador: FLACSO sede Ecuador.
7. Aparicio Wilhelmi, M. (2008). *Derechos: Enunciación y Principios de Aplicación*. Quito-Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional.
8. Arévalo, A. A. (2014). *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional*. Bilbao-España: Universidad de Deusto.
9. Aylwin Oyarzún, J. (2001). *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto Chileno*. Temuco Chile: Instituto de Estudios Indígenas. Universidad de la Frontera.
10. Bermeo Guanga, A. F. (2010). *Supremacia constitucional*. Cuenca-Ecuador: Universidad de Cuenca.
11. Blacio Aguirre, G. S. (2012). *Texto Comentado a la Constitución de la República del Ecuador*. Loja-Ecuador: Biblos lex fondo editorial jurídico.

12. Carrión, P. (2012). *Consulta previa: Legislación y aplicación Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador*. Quito - Ecuador: Fundación Konrad Adenauer Stiftung Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental CEDA.
13. Cea Egaña, J. L. (1983). Garantías Constitucionales en el Estados de Derecho. *Revista Chilena de Derecho*, 10.
14. Checa Montúfar, F. (2012). Comunicación política y pueblos indígenas. *Revista Latinoamericana de Comunicación Chasqui*, 8.
15. Comisión mexicana para el conocimiento y uso de la Biodiversidad. (2010). *Que es un ecosistema*. México D.F.: Comisión Mexicana para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad.
16. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto De San José)*. San José: Organización de Estados Americanos.
17. Crawford. (2004). *Second report on State responsibility Addendum*. New York.
18. Crespo Plaza, R. (2007). *La naturaleza como sujeto de derechos: ¿símbolo o realidad jurídica?*
19. Daly, H. E. (1994). *De la Economía de un Mundo Vacío a la un Mundo Lleno, en Desarrollo Económico Sostenible*. Bogotá-Colombia: Ed. Uniandes.
20. De Otto, I. (2008). *Derecho Constitucional Derecho de Fuentes*. Barcelona-España: Ariel Derecho.
21. Defensoría del Pueblo. (2011). *Informe temático la consulta previa un derecho de participación*. Quito-Ecuador.
22. Documento sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. (2002). *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. New York: Naciones Unidas.
23. Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. México: Trotta.

24. Fundación Regional de asesoría en Derechos Humanos. (25 de 03 de 2011). *La consulta previa Análisis sobre su alcance y aplicabilidad en el Ecuador*. Recuperado el 29 de 04 de 2014, de <http://www.inredh.org/>

25. García Falconí, José. (13 de 08 de 2012). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 03 de 05 de 2014, de Los Derechos Fundamentales: <http://www.derechoecuador.com/>

26. Gasset, & Ortega. (1994). *Meditación sobre la técnica, citado por Vicente Bellver Capella, Ecología de las Razones a los Derechos*,. Granada: ed. COMARES.

27. González Galván, J. A. (2002). *El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

28. Gravel, E., & Chambonneau-Jobin, C. (2013). *La comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones Dinámica e Impacto*. Ginebra-Zúrich: Oficina Internacional del Trabajo.

29. Juste Ruíz, J. (1999). *El Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Madrid-España: ed. McGraw-Hill.

30. Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

31. La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE). (26 de 04 de 2000). *La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE)*. Recuperado el 29 de 04 de 2014, de conaie.nativeweb.org/conaie9.html

32. Landázuri, H., & Jijón, C. (1988). *El medio ambiente en el Ecuador*. Quito: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales.

33. Ley de Gestión Ambiental. (1999). *Ley de Gestión Ambiental*. Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

34. Melo, M. (2012). *Consulta previa en el Ecuador: la mirada de los organismos internacionales de Derechos Humanos*. Quito-Ecuador.

35. Ministerio de Cultura de la República del Perú. (23 de 03 de 2012). *Consulta Previa Construyendo el dialogo Intercultural*. Recuperado el 15 de 04 de 2014, de <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/>
36. Monroy Cabra, M. G. (2007). *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Bogotá - Colombia: Universidad del Rosario.
37. Montes Ponce de León, J. (2001). *Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*. Madrid - España: Universidad Pontificia de Comillas.
38. Ordoñez Cifuentes, J. E. (2000). *Análisis Interdisciplinario Del Convenio 169 de la OIT: IX Jornadas Lascasianas*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
39. Organización Internacional del Trabajo. (2005). *Convenio 169*. Lima Perú: Organización Internacional del Trabajo OIT.
40. Parra Dussán, C., & Rodríguez, G. A. (2005). *Comunidades étnicas en Colombia: cultura y jurisprudencia*. Bogotá - Colombia: Universidad del Rosario.
41. Pineda Medina, J. (2011). *Gobernanza, participación y territorio: el pueblo Awá de Ecuador y su proceso organizativo*. Quito - Ecuador: Abya Yala.
42. Reglamento de aplicación de los mecanismos de participación social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental. (2008). *Reglamento de Aplicación de los Mecanismos de Participación Social establecidos en la Ley de Gestión Ambiental*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
43. Reglamento para la ejecución de la consulta previa libre e informada en los procesos de licitación y asignación de áreas y bloques hidrocarburíferos. (2012). *Reglamento para la Ejecución de la Consulta Previa Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
44. Rey, F. (2011). *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*. Madrid - España: Complutense.

45. Rodríguez Garavito, C., Morris, M., Orduz Salina, N., & Buriticá, P. (2010). *La consulta previa a pueblos indígenas*. Bogotá Colombia: Universidad de los Andes.
46. Ruíz, P. (2002). *Legislación ambiental hidrocarburífera del Ecuador*. Quito - Ecuador: Petroecuador.
47. Russian Claim for interest on indemnities (Russia V. Turkey). (1912). *Russian Claim For Interest On Indemnities (Russia v. Turkey) (award of the tribunal)*.
48. Scaglione, D. (2003). *Temas de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires - Argentina: Estudio.
49. Scagliones Roco, D. (1999). *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires - Argentina: Estudio.
50. Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador. (25 de 02 de 2013). *Ecuador ama la vida*. Recuperado el 23 de 05 de 2014, de <http://www.hidrocarburos.gob.ec/>
51. UNICEF. (2013). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para adolescentes indígenas*. Nueva York: Secretariado del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas.
52. Vernier, J. (1998). *El Medio Ambiente*. México D.F.: Reg.
53. Yupangui Yuquilema, V. (02 de 08 de 2012). *Bolpress*. Recuperado el 10 de 04 de 2014, de Instrumentos Internacionales, Jurisprudencia y Doctrina: <http://www.bolpress.com/>

LINKOGRAFÍA

1. Comisión de Derecho Internacional: *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. (2002). New York: Naciones Unidas. Recuperada en la web <http://www.uib.es/depart/>
2. Franco Guzmán, Ricardo. (2013). *El estado de necesidad en el derecho penal vigente en México*. Universidad Autónoma de México UNAM. Recuperado en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/693/21.pdf>
3. Santillán Pantoja, Cristina. (2011). *Identificación, evaluación y planteamiento de mejoras para el control de riesgos laborales en el centro médico San Camilo, ubicado en el norte de la ciudad de Quito*. Tesis presentada en la Universidad Tecnológica Equinoccial. Recuperada en la web: http://repositorio.ute.edu.ec/bitstream/123456789/15002/1/45586_1.pdf
4. Instituto Nacional de Defensa Civil de Perú. (2006). *Manual Básico para la estimación del Riesgo*, Lima. INDECI. Recuperado en: http://sinpad.indeci.gob.pe/UploadPortalSINPAD/man_bas_est_riesgo.pdf,

ANEXOS

Anexo 1

Naciones Unidas

Asamblea General

28 de enero de 2002

Quincuagésimo sexto período de sesiones

Tema 162 del programa 01 47800

Resolución aprobada por la Asamblea General

La Asamblea General,

Habiendo examinado el capítulo IV del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53° período de sesiones, que contiene el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Observando que la Comisión de Derecho Internacional decidió recomendar a la Asamblea General que tomara nota del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en una resolución e incluyera el proyecto de artículos como anexo de esa resolución, y que estudiase en una etapa posterior, a la luz de la importancia del tema, la posibilidad de convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios para examinar el proyecto de artículos con miras a concertar una convención sobre el tema.

Destacando la importancia permanente de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, como se menciona en el apartado a) del párrafo 1 del Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas,

Observando que el tema de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos reviste gran importancia en las relaciones entre los Estados,

1. Acoge con beneplácito la conclusión de la labor de la Comisión de Derecho Internacional respecto de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y su aprobación del proyecto de artículos, así como de un comentario detallado acerca del tema;

2. Expresa su agradecimiento a la Comisión de Derecho Internacional por su contribución continua a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional;

3. Toma nota de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, presentados por la Comisión de Derecho Internacional, cuyo texto figura en el anexo de la presente resolución, y los señala a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro tipo de medida, según corresponda;

4. Decide incluir en el programa provisional de su quincuagésimo noveno período de sesiones un tema titulado “*Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*”.

Anexo 2

Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

PRIMERA PARTE

EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DEL ESTADO

Capítulo I

Principios generales

Artículo 1

Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Artículo 2

Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Artículo 3

Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

Capítulo II

Atribución de un comportamiento al Estado

Artículo 4

Comportamiento de los órganos del Estado

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.
2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

Artículo 5

Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

Artículo 6

Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que ese órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra.

Artículo 7

Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.

Artículo 8

Comportamiento bajo la dirección o control del Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

Artículo 9

Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejercen de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones.

Artículo 10

Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado.
2. El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado según el derecho internacional.

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 4 a 9.

Artículo 11

Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio

El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio.

Capítulo III

Violación de una obligación internacional

Artículo 12

Existencia de violación de una obligación internacional

Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

Artículo 13

Obligación internacional en vigencia respecto del Estado

Un hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho.

Artículo 14

Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.
2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.
3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.

Artículo 15

Violación consistente en un hecho compuesto

1. La violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce

la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.

2. En tal caso, la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

Capítulo IV

Responsabilidad del Estado en relación con el hecho de otro Estado

Artículo 16

Ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito

El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:

- a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y
- b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia.

Artículo 17

Dirección y control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito

El Estado que dirige y controla a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es internacionalmente responsable por este hecho si:

- a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y
- b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que dirige y controla.

Artículo 18

Coacción sobre otro Estado

El Estado que coacciona a otro para que cometa un hecho es internacionalmente responsable por este hecho si:

- a) El hecho, de no mediar coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito del Estado coaccionado; y
- b) El Estado coaccionante actúa conociendo las circunstancias del hecho.

Artículo 19

Efecto del presente capítulo

El presente capítulo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad internacional, en virtud de otras disposiciones de estos artículos, del Estado que cometa el hecho en cuestión o de cualquier otro Estado.

Capítulo V

Circunstancias que excluyen la ilicitud

Artículo 20

Consentimiento

El consentimiento válido de un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el primer Estado en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento.

Artículo 21

Legítima defensa

La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 22

Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito

La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro

Estado de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte.

Artículo 23

Fuerza mayor

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a un caso de fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o

b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.

Artículo 24

Peligro extremo

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

- a) La situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o
- b) Es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor.

Artículo 25

Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

- a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y
- b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

- a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o
- b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

Artículo 26

Cumplimiento de normas imperativas

Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general.

Artículo 27

Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud

La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

- a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;
- b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.

SEGUNDA PARTE

CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Capítulo I

Principios generales

Artículo 28

Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito

La responsabilidad internacional del Estado que, de conformidad con las disposiciones de la primera parte, nace de un hecho internacionalmente ilícito produce las consecuencias jurídicas que se enuncian en la presente parte.

Artículo 29

Continuidad del deber de cumplir la obligación

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada.

Artículo 30

Cesación y no repetición

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

- a) A ponerle fin, si ese hecho continúa;
- b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

Artículo 31

Reparación

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.
2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.

Artículo 32

Irrelevancia del derecho interno

El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte.

Artículo 33

Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte

1. Las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sean, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación.
2. La presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado.

Capítulo II

Reparación del perjuicio

Artículo 34

Formas de reparación

La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo.

Artículo 35

Restitución

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

- a) No sea materialmente imposible;
- b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.

Artículo 36

Indemnización

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.
2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.

Artículo 37

Satisfacción

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.
2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.
3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.

Artículo 38

Intereses

1. Se debe pagar intereses sobre toda suma principal adeudada en virtud del presente capítulo, en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra. La tasa de interés y el modo de cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado.
2. Los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago.

Artículo 39

Contribución al perjuicio

Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación.

Capítulo III

Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general

Artículo 40

Aplicación del presente capítulo

1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general.
2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.

Artículo 41

Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo

1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.
2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.
3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional.

TERCERA PARTE

MODOS DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Capítulo I

Invocación de la responsabilidad del Estado

Artículo 42

Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado

Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe:

- a) Con relación a ese Estado individualmente; o
- b) Con relación a un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, o con relación a la comunidad internacional en su conjunto, y la violación de la obligación:
 - i) Afecta especialmente a ese Estado; o
 - ii) Es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta.

Artículo 43

Notificación de la reclamación por el Estado lesionado

1. El Estado lesionado que invoque la responsabilidad de otro Estado notificará su reclamación a ese Estado.
2. El Estado lesionado podrá especificar, en particular:
 - a) El comportamiento que debería observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si ese hecho continúa;
 - b) La forma que debería adoptar la reparación de conformidad con las disposiciones de la segunda parte.

Artículo 44

Admisibilidad de la reclamación

La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

- a) Si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones;
- b) Si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso internas disponibles y efectivas.

Artículo 45

Renuncia al derecho a invocar la responsabilidad

La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

- a) Si el Estado lesionado ha renunciado válidamente a la reclamación; o
- b) Si, en razón del comportamiento del Estado lesionado, debe entenderse que éste ha dado válidamente aquiescencia a la extinción de la reclamación.

Artículo 46

Pluralidad de Estados lesionados

Cuando varios Estados sean lesionados por el mismo hecho internacionalmente ilícito, cada Estado lesionado podrá invocar separadamente la responsabilidad del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

Artículo 47

Pluralidad de Estados responsables

1. Cuando varios Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, podrá invocarse la responsabilidad de cada Estado en relación con ese hecho.

2. El párrafo 1:

- a) No autoriza a un Estado lesionado a recibir una indemnización superior al daño que ese Estado haya sufrido;
- b) Se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho a recurrir contra los otros Estados responsables.

Artículo 48

Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado

1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:

- a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o

b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

2. Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable:

a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y

b) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.

3. Los requisitos para la invocación de la responsabilidad por parte de un Estado lesionado previstos en los artículos 43, 44 y 45 serán de aplicación en el caso de invocación de la responsabilidad por parte del Estado con derecho a hacerlo en virtud del párrafo 1.

Capítulo II

Contramedidas

Artículo 49

Objeto y límites de las contramedidas

1. El Estado lesionado solamente podrá tomar contramedidas contra el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte.

2. Las contramedidas se limitarán al incumplimiento temporario de obligaciones internacionales que el Estado que toma tales medidas tiene con el Estado responsable.

3. En lo posible, las contramedidas serán tomadas en forma que permitan la reanudación del cumplimiento de dichas obligaciones.

Artículo 50

Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas

1. Las contramedidas no afectarán:

a) La obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas;

b) Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales;

c) Las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias;

d) Otras obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional general.

2. El Estado que tome contramedidas no quedará exento del cumplimiento de las obligaciones que le incumban:

a) En virtud de cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable entre dicho Estado y el Estado responsable;

b) De respetar la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares.

Artículo 51

Proporcionalidad

Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión.

Artículo 52

Condiciones del recurso a las contramedidas

1. Antes de tomar contramedidas, el Estado lesionado:

a) Requerirá al Estado responsable, de conformidad con el artículo 43, que cumpla las obligaciones que le incumben en virtud de la segunda parte; y

b) Notificará al Estado responsable cualquier decisión de tomar contramedidas y ofrecerá negociar con ese Estado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1, el Estado lesionado podrá tomar las contramedidas urgentes que sean necesarias para preservar sus derechos.

3. Las contramedidas no podrán tomarse y, en caso de haberse tomado, deberán suspenderse sin retardo injustificado, si:

a) El hecho internacionalmente ilícito ha cesado; y

b) La controversia está sometida a una corte o un tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes.

4. No se aplicará el párrafo 3 si el Estado responsable no aplica de buena fe los procedimientos de solución de controversias.

Artículo 53

Terminación de las contramedidas

Se pondrá fin a las contramedidas tan pronto como el Estado responsable haya cumplido sus obligaciones en relación con el hecho internacionalmente ilícito de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte.

Artículo 54

Medidas tomadas por Estados distintos del Estado lesionado

Este capítulo no prejuzga acerca del derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado de los beneficiarios de la obligación violada.

CUARTA PARTE

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 55

Lexspecialis

Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional.

Artículo 56

Cuestiones de responsabilidad del Estado no reguladas en los presentes artículos

Las normas de derecho internacional aplicables seguirán rigiendo las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito en la medida en que esas cuestiones no estén reguladas en los presentes artículos.

Artículo 57

Responsabilidad de una organización internacional

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad, en virtud del derecho internacional, de una organización internacional o de un Estado por el comportamiento de una organización internacional.

Artículo 58

Responsabilidad individual

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado.

Artículo 59

Carta de las Naciones Unidas

Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas.

Recuperado de la página web: <http://www.uib.es/depart/>